



ESCUELA DE PRÁCTICA JURÍDICA
SALAMANCA

TRABAJO FIN DE TÍTULO MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA

Curso 2018/2020

DICTÁMEN JURÍDICO

La gestación subrogada: consulta legal sobre su cabida en nuestro ordenamiento jurídico y solución a determinados supuestos que podrían plantearse en la práctica jurídica.

Nombre de la estudiante: Belén Molina García

Tutora: Doña Alicia Vaquero Borrego

Enero 2020

NOMBRE
VAQUERO
BORREGO
ALICIA - NIF
11971198C

Firmado
digitalmente por
NOMBRE
VAQUERO
BORREGO ALICIA -
NIF 11971198C
Fecha: 2020.01.16
12:57:04 +01'00'

TRABAJO FIN DE TÍTULO MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA

La gestación subrogada. Su cabida legal en España y resolución de diversos problemas jurídicos que pueden plantearse en la práctica jurídica.

The subrogated gestation. Its legal fall in Spain and resolution of different legal problems that can be posed in the legal practice.

Nombre de la estudiante: Belén Molina García

E-mail de la estudiante: belenmolina@usal.es

Tutora: Doña Alicia Vaquero Borrego

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'B' followed by a series of loops and a final flourish.

RESUMEN

Mi aportación con la realización del presente trabajo ha sido dar una posible respuesta a la consulta formulada por una hipotética pareja de hecho legalmente constituida que ante la imposibilidad de convertirse en padres por la vía tradicional, deciden acudir a este tipo de técnica reproductiva alternativa, toda vez que la pareja tiene serias dudas al respecto y desean obtener una respuesta jurídica a los diversos problemas que podrían plantearseles si finalmente deciden formalizar este tipo de contratos gestacionales.

En este sentido, y a fin de abordar los distintos problemas jurídicos que generan los contratos de maternidad subrogada, partiré, en primer término, del análisis conceptual, analizando la figura de la gestación por subrogación, pasando, seguidamente, al estudio de su regulación legal en nuestro país, conociendo cuál es la realidad legislativa de dicha práctica en nuestro ordenamiento jurídico, así como el proceso a seguir y requisitos que se deberán cumplir para poder otorgar efectos jurídicos a la filiación llevada a cabo en el extranjero, finalizando con el capítulo relativo a la resolución de diversos conflictos legales planteados en la práctica jurídica.

PALABRAS CLAVE

Gestación subrogada; regulación legal; filiación; inscripción; conflictos; praxis jurídica.

ABSTRACT

My contribution with the realization of this work has been to give a possible answer to the query made by a hypothetical de facto couple who, given the impossibility of becoming parents in the traditional way, decide to go to this type of alternative reproductive technique, since the couple has serious doubts about it and wish to obtain a legal answer to the different problems that could arise if they finally decide to formalize this type of gestational contracts.

In this sense, and in order to address the different legal problems generated by surrogacy contracts, I will start, first, from the conceptual analysis, analyzing the figure of pregnancy by subrogation, then moving on to the study of the legal regulation in our country, knowing the legislative reality of this practice is in our legal system, as well as the process and requirements that must be met in order to grant legal effects to the filiation carried out abroad, ending with the relative chapter to the resolution of various legal conflicts raised in legal practice.

KEYWORDS

Surrogacy Gestation; Legal regulation; filiation; inscription; conflicts; legal practice.

ÍNDICE

Introducción.....	3
I. Antecedentes.....	5
II. Problemas jurídicos que plantea el supuesto de hecho.....	6
III. Normativa aplicable y jurisprudencia	7
IV. Argumentación y solución jurídica a los distintos problemas legales planteados.	8
IV.1. ¿En qué consiste la gestación por sustitución?.....	8
1.1. Concepto de maternidad subrogada	8
1.2. Modalidades de gestación por sustitución.....	9
IV.2. ¿Tiene cabida legal la figura de la gestación subrogada en España?	11
2.1. La gestación por sustitución en el ámbito internacional	11
2.2. Marco normativo interno.....	18
IV.3. Determinación de la filiación y su correspondiente inscripción en el Registro Civil Español.	20
3.1. La filiación natural	21
3.2. La filiación mediante la reproducción asistida.....	21
3.3. Inscripción de la filiación en el Registro Civil Español.....	25
IV.4. Supuestos complejos que podrían plantearse en la praxis jurídica.	36
4.1. Efectos del incumplimiento del convenio por gestación subrogada, en particular, la responsabilidad civil derivada del mismo.....	36
4.2. Problemas con la mujer gestante que decide en el último momento no renunciar a la filiación del concebido.	37
4.3. Efectos del incumplimiento del contrato de gestación por sustitución por causas imputables a la mujer gestante, tales como la decisión de ésta de llevar a cabo la interrupción del embarazo	38
4.4. Consecuencias jurídicas en el caso de que los padres comitentes desistan del contrato gestacional.	40
4.5. Caso en que la pareja comitente sufre una crisis familiar durante el proceso gestacional.....	42
4.6. Supuesto en que falleciera alguno o los dos comitentes o la mujer gestante. ...	43
V. Conclusiones	46
VI. Bibliografía consultada	49

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la maternidad subrogada como vía alternativa al resto de técnicas de reproducción humana existentes en la actualidad, ha sido una de las que mayor controversia social y política han generado, si bien es un reflejo claro de los avances que ha sufrido la sociedad en cuanto a la forma de poder crear una familia propia.

De acuerdo con datos proporcionados por el Ministerio de Asuntos Exteriores del Gobierno de España, en respuesta a una petición parlamentaria realizada por el grupo socialista al Gobierno en septiembre de 2016, entre los años 2010 y 2016, se habrían registrado en oficinas consultares de 12 países distintos en los que la maternidad subrogada se encuentra legalizada, en torno a 979 nacimientos.¹ El 56% de los nacimientos provienen de los Estados Unidos mientras que el otro 24% de Ucrania. No obstante, las distintas asociaciones relacionadas con este fenómeno de la maternidad subrogada, indican que al año podrían estar llegando a España entre 1.000² y 1.400³ niños y niñas nacidos mediante esta técnica reproductiva, y ello aunque no esté admitida en nuestro país.

Esta vía de la gestación por sustitución surge de la frustración que muchas personas, parejas y matrimonios sienten cuando, ni por vía natural, ni mediante los procesos de fecundación *in vitro*, consiguen ser padres biológicos debido a los múltiples factores que pueden incidir en conseguir tal objetivo, entre ellos, la infertilidad, esterilidad o, en definitiva, la falta de capacidad gestacional.

Así pues, a través de esta técnica reproductiva, muchos de ellos ven cumplido su deseo de tener descendencia propia, gestando al efecto un embrión pero en el útero de otra mujer, consiguiendo con ello tener un hijo biológico. En esto consiste básicamente la maternidad subrogada. Dos partes, la madre gestante y los padres intencionales, suscriben un contrato gestacional, en virtud del cual la primera se compromete a dar a luz a un bebé para, posteriormente al parto, entregárselo a los comitentes o padres legales del mismo, quienes lo inscribirán a su favor en el correspondiente registro civil.

Esta renuncia a la filiación es una de las cuestiones que hoy en día mayor debate suscitan, así como el acceso al Registro Civil Español de los nacimientos de estos niños nacidos en el extranjero a través de esta técnica reproductiva, ya que existen muchos casos en que los encargados del registro se han opuesto a inscribir la filiación de dicho menor,

¹ Vid. Información recogida por el periódico El País el 18 de diciembre de 2017 a partir de datos obtenidos tras la Respuesta del Gobierno en el Congreso.

https://elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337_622133.html

² Vid. Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA). Información recogida en el periódico El Mundo el 5 de marzo de 2017. <http://www.elmundo.es/sociedad/2017/03/05/58bbe43cca4741c1428b4579.html>

³ Vid. Asociación por la Gestación Subrogada. Información recogida en el periódico El Mundo el 24 de febrero de 2017. <http://www.elmundo.es/pais-vasco/2017/02/24/58b0582b468aeb4c1e8b45e5.html>

mientras que otros han aceptado dicha certificación registral, y ello porque hasta el momento no disponemos de una legislación consolidada al respecto, no hallando los padres comitentes una solución legal homogénea a los distintos problemas jurídicos que pueden plantearles esta figura de la maternidad subrogada.

Esta controversia también se aprecia en la legislación internacional de referencia, ya que es muy variable según los diferentes países, habida cuenta que existe un gran número de Estados que bien prohíben o declaran nulo el contrato por el cual se prevé la renuncia a la filiación de la madre gestante a favor del padre o padres comitentes, incluso muchos otros que prevén en sus sistemas legales la imposición de sanciones penales para quienes participen o medien en la celebración de dichos contratos (por ejemplo, Alemania), o bien existen otros Estados cuyos ordenamientos jurídicos son más flexibles y tienden a reconocer la celebración de dichos contratos de forma absoluta, mientras que otros la regulan de forma específica y para determinadas situaciones (que no existan intereses comerciales o que, aun existiendo, se trate únicamente de compensar a la mujer gestante por los perjuicios o molestias que le hubiera podido causar el proceso gestacional).

En nuestro caso, España es uno de los países que no prohíben de manera tajante la maternidad subrogada, pero tampoco la reconocen abiertamente, apreciando una carencia legislativa al respecto. No obstante, la situación legal es algo incoherente ya que, por un lado, nuestro ordenamiento declara nulo de pleno derecho los contratos de esta naturaleza, alegando, entre muchos motivos, que se trata de un contrato que contraviene nuestro orden público, pero, por el otro, admite diversos mecanismos legales que favorecen la convalidación de dichos contratos una vez realizada la maternidad subrogada en el país extranjero, los cuales serán abordados en el presente trabajo, pudiendo ser considerado este factor como una forma de legalización del contrato de gestación subrogada en nuestro país, permitiendo, en consecuencia, la inscripción en el Registro Civil Español de la filiación obtenida mediante dicha técnica reproductiva en el extranjero.

Lo que no cabe duda alguna es que este tipo de práctica genera una clara inseguridad jurídica no solo en la figura de la madre gestante, sino también en la figura de los propios padres de intención e, incluso, en la del menor concebido, ya que pueden darse en la realidad múltiples cuestiones legales que por la falta de regulación legal hacen que su abordaje sea más complejo de lo normal.

I. ANTECEDENTES

1.- Doña Ana Soler y Don Alberto García son pareja desde el año 2013. Al momento de iniciar la relación, Don Alberto tenía un hijo menor fruto de su anterior relación mientras que Doña Ana no tenía descendencia alguna.

2.- Durante su relación, la pareja intentó en numerosas ocasiones tener su propia descendencia, mediante la vía tradicional o natural, si bien dichos intentos nunca resultaban fructíferos.

3.- En el año 2016, Doña Ana acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario de Salamanca debido a unos fuertes dolores uterinos. Por el personal sanitario de dicho centro hospitalario se procedió a realizarle una primera valoración, cuyo diagnóstico médico fue que tenía múltiples fibromas en el interior del útero (tumores uterinos benignos que provocan sangrado continuo, dolor pélvico, etc.), sometiéndola a una intervención quirúrgica de urgencia, que consistió en una histerectomía parcial, aquella que consiste en extirpar únicamente el útero, dejando intactos ambos ovarios, siendo éste el motivo principal de su imposibilidad de concebir de forma natural a su deseado bebé.

4.- Pese a estas adversidades, Doña Ana y Don Alberto continuaban con su deseo de tener descendencia común, si bien éste se desmoronaba cada vez más, debido a la inviabilidad de acudir a otras vías alternativas como la inseminación artificial, ya que al habersele extirpado el útero, ello provoca su incapacidad gestacional por completo. En definitiva, tanto la vía natural como otras vías eventuales de reproducción asistida debían ser rechazadas.

5.- Así pues, con la desesperación de la pareja de no poder procrear y no querer acudir a la vía de la adopción nacional o internacional (entre otros motivos por los largos periodos de tiempo de espera), barajaron la hipótesis de acudir a la única vía posible que les quedaba para ser padres, siendo ésta la maternidad subrogada.

6.- Antes de formalizar un contrato de gestación por subrogación, mediante el cual Doña Ana y Don Alberto no darían a luz a su bebé pero sí serían considerados los padres legales del mismo, además de aportar su propio material genético al proceso gestacional, acuden a nuestro despacho profesional a fin de realizar una consulta legal sobre este tipo de convenios gestacionales.

II. PROBLEMAS JURIDICOS QUE PLANTEA EL SUPUESTO DE HECHO

De acuerdo con los antecedentes facticos expuestos, se plantean las siguientes cuestiones jurídicas:

- ¿En qué consiste la gestación por sustitución?
- ¿Tiene cabida legal este tipo de técnica de reproducción asistida en nuestro ordenamiento jurídico?
- ¿Cómo se determina la filiación entre Doña Ana y Don Alberto y el concebido?
¿Cómo debe procederse a la inscripción de dicha filiación en el Registro Civil Español?
- Problemas jurídicos que podrían plantearse ante un hipotético caso de crisis familiar entre los comitentes durante el proceso de gestación.
- Problemas con la mujer gestante que decide en el último momento no renunciar a la filiación del concebido.
- Supuesto en que falleciera durante el proceso gestacional alguno, los dos padres intencionales o la mujer gestante.
- Efectos del incumplimiento del convenio de maternidad subrogada, en particular, la responsabilidad civil derivada de la gestación por sustitución.
- Consecuencias jurídicas en el caso de que los padres comitentes desistan del contrato gestacional.

III. NORMATIVA APLICABLE y JURISPRUDENCIA

A efectos de resolver las cuestiones jurídicas que han sido planteadas en el apartado anterior, debe acudirse a la normativa y jurisprudencia que se relaciona a continuación:

- Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Ley actual sobre la materia. Artículos 8 y 10.
- Ley 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil. Esta norma queda derogada mediante la Ley 20/2011 de 21 de julio del Registro Civil, que entrará en vigor el día 30/06/2020, siendo de aplicación hasta la fecha. Artículo 15.
- Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Registro Civil. Artículos 81,83 y 85.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Artículos 92, 103, 108, 115, 116, 120, 136, 154, 159, 158, 160, 172, 175, 193, 234, 807 y 1124.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículos 220 y 221.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Artículo 22.
- Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Artículos 14 y 15.
- Resolución de la Dirección General del Registro y Notariado de 18 de febrero de 2009.
- Instrucción de la Dirección General del Registro y Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre Régimen Registral de la Filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950. Artículo 8.
- Convenio sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Artículo 3.
- Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia de fecha 23 de noviembre de 2011.

IV. ARGUMENTACION Y SOLUCION JURIDICA A LOS DISTINTOS PROBLEMAS LEGALES PLANTEADOS.

IV.1. ¿En qué consiste la gestación por sustitución?

Una vez examinados los hechos, el primer problema jurídico con el que nos encontramos se centra en el análisis y concreción de lo que se entiende por gestación subrogada.

1.1. Concepto de maternidad subrogada

Dado que no existe ninguna definición normativa que delimite en qué consiste esta técnica reproductiva, lo cual responde a que dicha práctica en el ámbito del derecho español no está permitida, debemos atenernos a otras vías que nos proporcionen una noción de lo que se entiende por “gestación subrogada”, entre ellas, el Diccionario de la Real Academia Española, la jurisprudencia o la doctrina.

Según la RAE, el término “subrogación” o “subrogar” consiste en “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”⁴, mientras que “maternidad” significa el “estado o cualidad de madre”, definiéndola acto seguido en sus acepciones primera y segunda como “la mujer o animal hembra que ha parido a otro ser de su misma especie o la mujer o animal hembra que ha concebido”⁵.

Así mismo, y dado que no disponemos de una definición legal taxativa tal y como hemos señalado anteriormente, debemos estar a lo dispuesto por la doctrina la cual ha sido mucho más precisa proponiendo distintas definiciones, entre las cuales, y a modo de ejemplo, podemos citar las siguientes.

Juristas como SANCINIENA ASURMENDI, definen esta práctica gestacional indicando que “la maternidad subrogada consiste en la gestación, convenida en un contrato, con o sin precio, por una mujer, que renuncia a la filiación materna y consiente que la filiación del niño o niños quede determinada a favor del contratante/s o de un tercero/s”.⁶

También VELA SÁNCHEZ, ha elaborado un concepto definidor de la maternidad subrogada, estableciendo al respecto que se trata de “un supuesto especial de reproducción humana asistida, en pleno proceso de expansión, por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé a través de las técnicas de reproducción asistida para que otra persona u otras personas puedan ser padres, biológicos o no”.⁷

⁴ Real Academia Española. Diccionario de la lengua española (22ª ed.), Madrid.

⁵ Real Academia Española. Diccionario de la lengua española (22ª ed.), Madrid.

⁶ SANCINIENA ASURMENDI, C., “Padres a La Carta, Hijos por Encargo y Madres de Alquiler”, *The Family Watch*, Instituto Internacional de estudios sobre la familia, Nº 4, 2014, pp. 1.

⁷ VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, Nº 7608, 2011.

Del mismo modo, JIMÉNEZ MUÑOZ, identifica esta práctica reproductiva como “supuesto en el que una pareja comitente o contratante, que por cualquier motivo no puede o desee tener un hijo por sí misma, realiza un contrato con una mujer sustituta o portadora, con el fin de que previa inseminación de ésta o transferencia de una embrión fecundado in vitro, dé a luz al niño deseado entregándose a aquellos para ser considerado hijo de tal pareja”,⁸ o como “el negocio jurídico en virtud del cual una mujer accede, de forma onerosa o gratuita, a gestar por otra u otras personas un embrión humano, pudiendo tener éste vínculos genéticos con la gestante o con el o los comitentes, a parirlo y a renunciar de sus derechos sobre la criatura, entregándolo tras el parto a los comitentes, que podrán determinar la filiación del niño a su favor, ya sea antes o después de su nacimiento”.

Desde una perspectiva jurídica, cuando hablamos de maternidad subrogada, nos referimos a la madre o padre que ocupa la posición de otra persona llamada madre gestante o sustituta, asumiendo sus derechos y obligaciones sobre el menor nacido.

Por su parte, los tribunales españoles también se han atrevido a formular una definición del convenio de maternidad por subrogación, señalando que “la gestación por sustitución es una técnica que consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”. Esta definición, únicamente se encuentra a nivel judicial en la Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia de fecha 23 de noviembre de 2011⁹.

1.2. Modalidades de gestación por sustitución

La autora FARNÓS AMORÓS establece que existen dos variantes de esta técnica de reproducción asistida.¹⁰

Por un lado, está la **gestación tradicional**, aquella que se caracteriza porque la gestante aporta tanto la gestación como sus gametos femeninos, pero el espermatozoide proviene del hombre de la pareja o matrimonio comitente, incluso de un donante, cuyo material genético será introducido en los óvulos de la gestante mediante la técnica de inseminación artificial o fecundación *in vitro*, existiendo así una relación genética con el feto por parte del padre comitente. Por su parte, la mujer comitente será la madre intencional del menor, quien ejercerá las funciones socio-jurídicas inherentes a la maternidad.

⁸ JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Editorial Reus, Madrid, 2012, pp. 105-106.

⁹ SAP de Valencia (Sección 10ª) de 23 de noviembre de 2011.

¹⁰ FARNÓS AMORÓS, E., “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en España”, *InDret*, 2010, pp. 5-6.

Por el otro, se encuentra la **gestación subrogada**, en cuyo caso la gestante únicamente aporta la capacidad gestacional pero no sus gametos, evitando con ello que haya cualquier tipo de vinculación genética con el concebido. De este modo, tanto el esperma como los óvulos proceden de los padres comitentes, aunque también pueden ser aportados por terceras personas o donantes. A su vez, dentro de esta modalidad podemos diferenciar otras posibles situaciones:

1. Caso en que la pareja que solicita la subrogación aporta tanto sus gametos masculinos como femeninos.

En este caso, la mujer gestante lleva a cabo la gestación del embrión fecundado que será introducido en su útero mediante la técnica de la inseminación artificial.

Así mismo, dicho supuesto debe destacarse con mayor énfasis que el resto ya que las personas que acuden a esta técnica reproductiva desean convertirse en padres biológicos del concebido, buscando de este modo mayor vinculación genética con el mismo, y, en consecuencia, mayor desvinculación de éste con la mujer gestante¹¹.

2. Caso en que una persona a título individual o una pareja homosexual desea convertirse en padres.

En este caso, si se trata de una persona individual que decide asumir ella sola el conjunto de obligaciones y derechos inherentes a la maternidad o paternidad del concebido, puede llevarlo a cabo mediante una aportación de sus gametos, ya sean masculinos o femeninos, según el caso, acudiendo a la donación como medio de inseminación a la mujer gestante, con el fin de evitar esa vinculación genética de ésta con el feto, aunque también puede aportar sus propios gametos femeninos si fuera necesario.¹² No obstante, si sucediera esto último y la madre gestante tuviera que aportar su propio óvulo, introduciéndose el esperma del hombre en el interior de su útero mediante tecnología reproductiva, el concebido tendría una relación genética con la gestante¹³.

En el caso de la pareja homosexual ocurriría lo mismo que en el caso anterior.

3. Caso en que una pareja comitente no aporta el material genético, obteniéndose éste mediante una aportación realizada por un tercero donante de gametos tanto masculinos como femeninos, o incluso se recurre a embriones donados¹⁴.

¹¹ JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Editorial Reus, Madrid, 2012, pp. 106-107.

¹² MARTÍN CAMACHO, J., “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”, Fundación Foro, 2009, pp. 4.

¹³ Vid. Información obtenida en la página web de la entidad *Universal Surrogacy, S.L.*, Modalidades de la gestación subrogada. <http://www.universalsurrogacy.com/los-tipos-de-maternidad-subrogada>

¹⁴ JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Editorial Reus, Madrid, 2012, pp. 106-107.

4. Supuesto en que un comitente proporciona su material genético mientras que el otro proviene de un donante.

IV.2. ¿Tiene cabida legal la figura de la gestación subrogada en España?

Para proporcionar una solución jurídica a este problema legal que se plantea, debemos partir, en primer lugar, del marco legislativo internacional, con el fin de proporcionarles a los interesados una visión general de la normativa de ciertos países a los que podrían acudir a fin de convertirse en padres mediante dicha técnica reproductiva, pasando a continuación al régimen jurídico y regulación de la maternidad subrogada en nuestro país.

2.1. La gestación por sustitución en el ámbito internacional.

Como hemos señalado al inicio del presente trabajo muchas son las personas que deciden acudir a un país extranjero donde la gestación subrogada se encuentra tolerada legalmente, a fin de convenir un contrato de maternidad subrogada en ese Estado, y una vez nacido el bebé y declarada la relación de filiación por las autoridades extranjeras a favor de los padres intencionales, ésta pueda ser reconocida en el Estado de la nacionalidad o residencia de los comitentes, viendo así cumplido su deseo de crear una familia propia.

A nivel internacional no existe un instrumento legal único respecto esta técnica reproductiva ya que el legislador de cada país ofrece una regulación propia respecto dicha figura, acorde a su propio ordenamiento jurídico. Consecuentemente, existen Estados donde la legislación al respecto es muy permisiva o flexible, permitiendo la gestación por subrogación, ya sea de forma altruista (reconocimiento con ciertas restricciones) o con fines lucrativos (admisión amplia), mientras que otros disponen de una regulación muy restrictiva.

A nivel europeo, la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro continente se decantan por inadmitir esta técnica reproductiva, llegando hasta el punto de sancionar este tipo de contratos gestacionales con penas privativas de libertad. Es el caso, por ejemplo, de Alemania, donde su práctica tiene consecuencias graves en el orden penal, pudiendo ser las personas que acuden a la maternidad subrogada, sancionados con una pena de prisión de hasta tres años.

Así pues, la visión legal que se observa a nivel internacional está dividida en cuatro grandes posturas:

1. Países que permiten la maternidad subrogada con fines económicos, es decir, admiten la gestación subrogada incluso aunque posea una naturaleza lucrativa, entre los que se encuentran algunos estados de los Estados Unidos (Florida, California, etc.), Ucrania, Rusia, entre otros¹⁵.

¹⁵ Vid. Información recogida en el periódico El Mundo el 28 de junio de 2017. <https://www.elmundo.es/sociedad/2017/06/28/595279e9e5fdea501e8b467c.html>

En **Ucrania**, la maternidad por subrogación es una práctica reconocida y prevista en su legislación, concretamente existen dos normas reguladoras de dicha técnica reproductiva: la Orden 771 del Ministerio de Salud y el artículo 123.2 del Código de Familia.

El artículo 123.2 del Código de Familia ucraniano establece que “si un embrión concebido por una pareja como resultado de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, es transferido dentro del cuerpo de otra mujer, los padres del niño será la pareja”. *A priori*, podemos considerar que para que el concebido sea considerado hijo biológico de los comitentes, resulta indiferente si éstos aportan sus propios gametos o si dicho material genético proviene de donantes, ya que serán considerados los padres legales desde el mismo momento en que el embrión es creado, es decir, desde que es transferido al útero de la gestante, no teniendo ésta ningún derecho ni obligación respecto al mismo,¹⁶ no obstante, la normativa ucraniana reguladora de esta técnica reproductiva, establece como condición indispensable la aportación genética del padre comitente, tal y como se señalará a continuación.

Así pues, existen ciertos requisitos legales que deben cumplirse para poder acudir a esta técnica reproductiva en dicho país, y que son los siguientes:

1. Ser un matrimonio heterosexual.
2. Como mínimo, el hombre comitente debe aportar su material genético, si bien es preferible que ambos miembros aporten dicha carga genética.
3. La madre intencional debe acreditar mediante un certificado médico su imposibilidad para concebir, materializar el embarazo sin que ello suponga un riesgo para su propia salud o la del bebé, o haberse sometido a más de cuatro intentos fallidos de fecundación *in vitro* cuando los embriones transferidos fueran de elevada calidad.¹⁷

Por último, tras el nacimiento del concebido, a los padres intencionales se les entregará dos documentos que deberán presentar ante el organismo ucraniano correspondiente para proceder a la inscripción registral de la filiación. Dichos documentos son, por un lado, un certificado de nacimiento, en el que aparecerá el nombre del padre biológico (de ahí que obligatoriamente deba aportar sus gametos masculinos) y el de la gestante, si bien en el otro documento deberá aparecer la renuncia de ésta última respecto del bebé. En caso de que la mujer gestante se niegue a firmar su renuncia, los padres comitentes podrán acudir a los tribunales ucranianos a fin de que sea un juez quien le obligue a renunciar del mismo.¹⁸

¹⁶ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret*, 2012, p. 17.

¹⁷ *Vid.* Información obtenida en la página web Babygest. <https://www.babygest.es/ucrania/>

¹⁸ *Vid.* Información recogida en el periódico El Mundo el 28 de junio de 2007. <https://www.elmundo.es/sociedad/2017/06/28/595279e9e5fdea501e8b467c.html>

En los **EEUU**, al ser un país federal donde cada uno de sus Estados tiene su propio gobierno y normativa interna, disponiendo de competencia legislativa sobre derecho de familia, en función del Estado que se trate, la maternidad subrogada estará reconocida o prohibida, si bien la mayoría de ellos se muestran favorables a la aplicación de esta técnica de reproducción asistida.

En el caso de los Estados con legislaciones permisivas, se reconoce la posibilidad de los padres intencionales de obtener una *birth order* u orden de nacimiento, en el que conste determinada su filiación respecto del concebido, tanto si aportan sus gametos como si no, careciendo la mujer gestante de cualquier derecho que le pudiera corresponder sobre el nacido, garantizando de este modo que los padres intencionales figuren como los padres legales del nacido por gestación subrogada¹⁹.

Ahora bien, en función del Estado que escojan para llevar a cabo el proceso gestacional, la tramitación de dicho certificado de nacimiento podrá iniciarse, bien al cuarto mes de embarazo, firmándose al séptimo mes, o bien esperar al nacimiento del bebé y en un proceso judicial determinar la filiación del nacido. No obstante, debe tenerse presente que aunque los comitentes obtengan dicho documento que les reconoce su filiación respecto del bebé incluso antes de su nacimiento, el mismo no será efectivo ni producirá ningún efecto hasta después de haberse producido el nacimiento²⁰.

Así mismo, resulta preciso diferenciar dentro de este grupo de Estados con legislaciones tolerantes, aquellos que disponen de una ley explícita reguladora de esta técnica reproductiva, y dentro de éstos aquellos que establecen algunas restricciones, tales como que la pareja esté casada, para que en dicho certificado de nacimiento sean reconocidos ambos como los padres legales del menor (es el caso de Florida o Texas), de aquellos otros donde se practica de manera habitual y está reconocida pero a nivel jurisprudencial, sin el respaldo de una norma reguladora concreta, en los cuales dicha orden de nacimiento y posterior *post-birth order* está supeditada a la decisión de un juez²¹, habiendo Estados en los que dicha resolución se limita a reconocer la paternidad únicamente del padre biológico, mientras que el otro miembro de la pareja deberá llevar a cabo un proceso de adopción para ver reconocida su filiación respecto del concebido (caso de Wisconsin, Carolina del Norte y Sur, Georgia, etc.).

Un aspecto importante a tener en cuenta es que está prohibida la gestación en la que la mujer gestante aporta sus propios óvulos, de modo que el proceso será siempre mediante la fecundación *in vitro* con los gametos de los futuros padres o donados. En caso de acudir a la donación, los donantes pueden ser tanto anónimos como conocidos o semi-conocidos,

¹⁹ Vid. Información obtenida en la página web Babygest. <https://www.babygest.es/estados-unidos/#existe-alguna-ley-de-maternidad-subrogada>

²⁰ Vid. Información obtenida en la página web Babygest. <https://www.babygest.es/estados-unidos/#existe-alguna-ley-de-maternidad-subrogada>

²¹ Vid. Información obtenida en la página web Babygest. <https://www.babygest.es/estados-unidos/#existe-alguna-ley-de-maternidad-subrogada>

pudiendo los padres intencionales tener relación con el donante y conocerlo en persona.

Otra cuestión primordial es que la sanidad estadounidense es privada, lo que significa que los padres intencionales tras escoger a la gestante deberán comprobar si su seguro médico cubre o no este proceso, y en caso de que no sea así deberán abonar todos los gastos derivados del mismo. Así mismo, es también obligatorio contratar un seguro de vida para la mujer gestante, que también será sufragado por los comitentes, y en caso de que aquella fallezca la compañía aseguradora compensará a la familia de la misma así como a los padres intencionales.

Por último, cabe señalar que entre los destinos preferidos por los interesados en dicha figura, se encuentra el Estado de California, por disponer de un marco de seguridad jurídica muy consolidada y fiable, además de presentar muchos beneficios para los padres de intención, entre los que destacar, el acceso a todos los modelos de familia, con independencia del estado civil u orientación sexual, la posibilidad de utilizar tanto material genético propio como proveniente de una donación, ya que la filiación se determina por la intencionalidad de procreación, siendo indiferente la relación genética que tengan con el concebido, o la asignación de la maternidad y paternidad a favor de los comitentes antes del nacimiento que se materializa por medio de una sentencia judicial denominada *prebirth order*, garantizando de esta forma que ellos serán los padres legales del menor así como la incapacidad de la gestante y su marido de ejercer cualquier derecho y obligación con respecto al mismo.

2. Países que permiten la gestación por sustitución de forma altruista e incluso indemnizatorio de los gastos que sean necesarios, entre los cuales cabe citar Canadá, Brasil, Reino Unido, Grecia, Israel, México DF, Australia, Nueva Zelanda y Sudáfrica²².

En **Reino Unido** se admite la maternidad subrogada pero únicamente cuando se realiza de forma altruista y bajo ciertas condiciones.

La primera ley específica que regulaba dicha técnica reproductiva en Reino Unido fue la ley *Surrogacy Arrangements Act 1985*²³, la cual fue modificada posteriormente por la ley *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*²⁴ y por la ley *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*²⁵, las cuales admiten dicha práctica si bien bajo ciertas restricciones, entre ellas, la prohibición expresa de iniciar o colaborar en negociaciones destinadas a la celebración de contratos de gestación subrogada, así como ofertar dichos acuerdos, e incluso, recopilar todo tipo de información para después hacerla servir en una futura negociación, estableciendo sanciones penales para quienes publiquen o comercialicen con la realización de

²² LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret*, 2012, p. 12.

²³ “Surrogacy Arrangements Act 1985”, núm. 49. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/contents>

²⁴ “Human Fertilisation and Embryology Act 1990”, núm. 37.

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents>

²⁵ “Human Fertilisation and Embryology Act 2008”, núm. 22.

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>

dichos convenios, pero manteniendo siempre una visión permisiva con respecto la maternidad subrogada, si bien bajo las condiciones que acabamos de señalar, como son la celebración de contratos gestacionales gratuitos, admitiéndose únicamente el reembolso a la gestante de los gastos que se deriven del embarazo, y sin la intervención de intermediarios.

De este modo, consideran que dicha práctica no puede reputarse ilegal ya que no se estaría instrumentalizando a la mujer gestante ni tampoco la misma vería condicionada su libertad de decisión por sus circunstancias económico-sociales.

En relación a la filiación del nacido, en un primer momento se determina a favor de la mujer gestante, ya que es quien da a luz, pero pasadas seis semanas desde el nacimiento del menor, y siempre que los padres internacionales lo soliciten ante los tribunales, se transferirá la filiación del gestado inicialmente establecida, a los padres comitentes²⁶. En consecuencia, existen dos certificados de nacimiento²⁷ distintos, uno a favor de la mujer sustituta y otro, una vez solicitada la filiación del menor ante los órganos jurisdiccionales, a favor de los comitentes.²⁸ En el primer certificado es la gestante la que aparece como la madre legal del nacido, disponiendo de un plazo para revocar su consentimiento, en cuyo caso, el juez podría decantarse por el principio tradicional de *mater semper certa est*, protegiendo, en consecuencia, el derecho de la mujer sustituta a un cambio de parecer, pudiéndose quedar con el bebé, quedando reconocida legalmente como la madre del mismo.²⁹

Ahora bien, como dicho sistema adolece de cierta incertidumbre e inseguridad jurídica

²⁶ LAMM, E., “La filiación...”, *op. cit.*, p. 15.

²⁷ Artículo 54 de la Human Fertilisation and Embryology Act 2008. Órdenes parentales. (1) En un recurso presentado por dos personas (“los demandantes”), el tribunal podrá dictar una orden para que un niño sea legalmente tratado como hijo de los demandantes, si: (A) el niño ha sido gestado por una mujer que no es uno de los demandantes, como consecuencia de haber implantado en ella un embrión o esperma y óvulos o de inseminación artificial, (B) los gametos de al menos uno de los demandantes han sido utilizados para llevar a cabo la creación del embrión, y (C) se han cumplido las condiciones de las subsecciones (2) a (8). (2) Los demandantes deben ser: (A) marido y mujer, (B) constituir una unión civil, o (C) dos personas que están viviendo como pareja en una relación familiar duradera, y no se encuentran en grados prohibidos de parentesco. (3) Salvo en el caso previsto en el inciso (11), los demandantes deben solicitar la orden dentro del plazo de 6 meses a partir del día en que nace el niño. (4) En el momento de solicitud y realización de la orden: (A) el hogar del niño debe ser con los demandantes, y (B) uno o ambos demandantes deberán estar domiciliados en el Reino Unido o en las Islas del Canal o la Isla del Hombre. (5) En el momento de la presentación de la solicitud ambos demandantes tendrán que haber alcanzado la edad de 18 años. (6) El tribunal deberá asegurarse de que ambos – (A) la mujer que ha gestado al niño, y (B) cualquier otra persona que sea padre del niño, pero no sea uno de los demandantes (incluyendo cualquier hombre en virtud de los artículos 35 o 36, o cualquier mujer en virtud de los artículos 42 o 43)– han consentido libre, incondicionalmente y con pleno conocimiento a la realización de la orden. (7) La subsección sexta no requiere el consentimiento de la persona que no puede ser hallada o es incapaz de darlo. El consentimiento de la mujer que gestó el niño no es eficaz con el fin de esa subsección si lo otorga en un plazo inferior a seis semanas después del nacimiento del niño. (8) El tribunal deberá asegurarse de que ningún dinero u otros beneficios (que no sean para los gastos razonables en que incurra) se ha dado o recibido por cualquiera de los demandantes para o en consideración de: (A) la confección de la orden, (B) cualquier acuerdo requerido por la subsección sexta, (C) la entrega del niño a los demandantes o (D) la realización de acuerdos con vistas a la adopción de la orden, a menos que sea autorizado por el tribunal.

²⁸ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret*, 2012, p. 15

²⁹ LAMM, E., “Esto es precisamente....”, *op. cit.*, p. 16.

para quienes deciden suscribir un contrato de gestación subrogada en Reino Unido, además de cierta ambigüedad ya que implicaría que la mujer gestante es también madre del bebé, lo cual entraría en contradicción con la figura de la gestación subrogada, el sistema inglés requiere que el acuerdo sea aprobado antes de la concepción y prevé que todas las partes involucradas estén de acuerdo desde el principio. Ello no evita por completo que en el futuro puedan surgir controversias derivadas del mismo, pero lo cierto es que en la práctica las disminuye y, en su caso, hace que los tribunales lo tengan más fácil a la hora de resolver dichos conflictos³⁰.

En caso contrario, es decir, si la gestante no cambia de parecer y decide entregar al bebé tras su alumbramiento, se establecería un acta de nacimiento nueva a favor de los padres comitentes³¹.

Respecto **Grecia**, la situación es algo similar a Reino Unido ya que en el artículo 26 de la ley 3305/2005 se prevé pena de prisión de hasta dos años para quien publicite, actúe como intermediario mediante el pago de un precio, u ofrezca estos servicios a cambio de una prestación económica.³²

Así mismo, únicamente admite esta práctica si existe una resolución judicial que autorice la transferencia de un óvulo fertilizado a otra mujer (que por supuesto no debe ser de ella) y su correspondiente embarazo, con la concurrencia, además, de que exista un acuerdo por escrito y que no medie contraprestación alguna a favor de la madre gestante por parte de los padres comitentes, es decir, haciéndose de forma altruista³³.

En cuanto a la resolución judicial que autorice dicha práctica, el tribunal deberá valorar la concurrencia de las siguientes circunstancias:

1. La madre comitente deberá probar que medicamente es incapaz de concebir un hijo, y, además, que es menor de 50 años.
2. La madre gestante deberá probar que goza de un buen estado de salud y que es apta para gestar.
3. Las dos partes deberán presentar ante la autoridad judicial su acuerdo por escrito.
4. En caso de que la madre gestante esté casada, su cónyuge deberá prestar por escrito su consentimiento a dicha práctica.

³⁰ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret*, 2012, p. 17.

³¹ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret*, 2012, p. 16.

³² LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret*, 2012, p. 19.

³³ Artículo 1458 de la ley 3089/2002.

5. Los óvulos fertilizados no deben corresponder a la madre gestante.

6. Tanto la madre gestante como los padres comitentes deberán gozar de la nacionalidad griega o ser residentes permanentes.

En cuanto a la filiación del concebido, los comitentes serán considerados los padres legales del niño inmediatamente después del nacimiento. De acuerdo con el artículo 1464 del Código Civil griego, “en los casos de inseminación artificial en los que hay una gestante, siempre que se cumplan las condiciones del artículo 1458, se presume que la comitente que haya obtenido la autorización del tribunal es la madre del niño”.³⁴ Ahora bien, dentro de los seis meses posteriores al nacimiento, la madre gestante puede impugnar la maternidad, acreditando que se trata de una subrogación tradicional, es decir, aquella en la que la mujer gestante aporta sus gametos femeninos. En dicho caso, la gestante se convertiría en la madre legal del bebé con efectos retroactivos al día del nacimiento del mismo³⁵.

3. Países cuyas legislaciones no reconocen la gestación por subrogación, entre ellos, España, Francia, Alemania, Italia, entre otros.

En **Francia**, esta técnica reproductiva no se encuentra amparada legalmente, ya que de conformidad con el artículo 16.7 del Código Civil francés, “todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”. Entre los motivos alegados en contra de dicha figura, están los intereses comerciales que puede representar dicha práctica, la explotación material y psicológica de las mujeres gestantes, así como que los “vientres de alquiler” son considerados contrarios a la dignidad humana y pueden ocasionar graves secuelas de carácter emocional a los nacidos.³⁶

Así mismo, la Corte de Casación Francesa consagró como doctrina, al conocer el asunto del matrimonio Mennesson, la afirmación solemne de que, de acuerdo con la legislación francesa en vigor, los acuerdos de maternidad subrogada vulneran uno de los principios fundamentales del Derecho francés: el estado civil es inalienable de modo que no puede establecerse excepciones a la ley de la paternidad mediante un mero contrato.³⁷

En definitiva, en el Estado francés esta técnica de reproducción asistida no se encuentra reconocida, y, además es objeto de una estricta prohibición, pudiendo ser sancionada incluso penalmente con hasta tres años de prisión y una elevada multa, pudiendo incluso sancionarse

³⁴ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret*, 2012, p. 14.

³⁵ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret*, 2012, p. 14.

³⁶ Opinión N° 3, de 23 de octubre de 1984, emitida por el Comité Consultatif d’Ethique de Francia; Opinión N° 90, de 24 de noviembre de 2005; Opinión N° 1, de 10 de mayo de 2010.

³⁷ Sentencia de la *Cour de Cassation*, N° 370/2001, de 6 de abril, cuyo texto íntegro puede consultarse en la página web del propio Tribunal. www.courdecassation.fr/. En relación a los antecedentes de hecho, QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante la maternidad subrogada”, *InDret*, N° 3, 2009, pp. 9-11.

por el simple de hecho de haber sospechas en cuanto a que existe una intención de llevar a cabo dicha práctica, ya que se considera que la madre legal es una mujer distinta a la que dio a luz y ello contraviene el principio de derecho *mater Semper certa est*, el cual sigue vigente en Francia. Practicar técnicas de reproducción asistida que no estén reconocidas en el Código de Salud Pública francés, entre las que se encuentra la maternidad subrogada, estaría sancionado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 511-24 del Código Penal francés³⁸

En el caso de **Italia**, también están prohibidos los contratos de maternidad subrogada. En el artículo 34.1 de la Proposición Ministerial de 22 de noviembre de 1985 se prohíbe todo pacto o acuerdo por el cual se insemine a una mujer utilizando su propio óvulo para llevar a cabo un embarazo y, posteriormente, ceder al hijo nacido a otra pareja, aunque sea a título gratuito. Así mismo, en su párrafo segundo, se prohíbe la aportación del material genético por parte de los comitentes a la mujer gestante, siendo que lo que se transfiere es un embrión constituido por fecundación *in vitro* con gametos de estas dos personas.

2.2. Marco normativo interno

En el ordenamiento jurídico español no se reconoce expresamente los procesos de maternidad subrogada, entre otros motivos, por entender que esta práctica genera un nuevo tipo de explotación a la mujer que atenta contra su dignidad así como la del propio concebido, además de la vulneración del orden público internacional español que implican estos contratos de gestación por sustitución, el principio de indisponibilidad del estado civil de la persona y que la filiación queda determinada por el parto.³⁹

Dicha inadmisión se encuentra recogida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, el cual establece que “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. En su apartado 2º se prevé que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”, añadiendo, finalmente, en su apartado 3º que “queda a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”⁴⁰.

Ahora bien, parte de la doctrina entiende que el artículo 10.1 de la LTRHA no prohíbe de manera taxativa esta técnica reproductiva, argumentando que la intención de nuestro legislador era limitarse al recurso de una norma de naturaleza meramente obligacional, de cuyo tenor se desprende la nulidad de pleno derecho del contrato de maternidad subrogada, pero, en ningún caso, prohibir de manera radical y tajante esta figura en el Derecho español⁴¹. En este sentido, y para que la gestación por sustitución estuviese prohibida en nuestro sistema

³⁸ Vid. Información obtenida en la página web Babygest. <https://www.babygest.es/francia/>

³⁹ STS de 6 de febrero de 2014.

⁴⁰ Artículo 10 LTRHA. BOE, núm. 126, de 27 mayo 2006.

⁴¹ HEREDIA CERVANTES, I., “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *Dialnet*, 2013, pp. 689.

legal, sería necesario que contáramos con una norma que calificase de manera categórica dicha práctica como una conducta prohibida, ilícita o al menos que estableciera algún tipo de sanción penal, pero el hecho de prever una consecuencia jurídica como es la nulidad del contrato, no equivale necesariamente a que la celebración del mismo conlleve una sanción implícita para las partes, o lo que es lo mismo, que dicha figura esté prohibida.⁴²

No obstante, algunos autores como LAMM han defendido la posibilidad de que la comitente pudiese incurrir en el tipo penal del artículo 220 del Código Penal español como responsable de un delito de suposición del parto, ya que la pareja se atribuiría el hijo que legalmente es de la gestante, mientras que la mujer sustituta podría cometer el delito de entrega de hijos a terceros para alterar o modificar la filiación, tipificado en el artículo 220.2 del Código Penal, así como la comisión del delito tipificado en el artículo 221 del Código Penal, en caso de que mediara contraprestación económica, ya que se trataría de una compraventa de niños.⁴³

Ahora bien, en el caso de que la gestación se realice en un Estado en el que tal práctica no sea considerada lícita, los tribunales penales españoles carecerían de competencia sobre el supuesto en concreto, al exigir el artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial doble incriminación, esto es que el supuesto sea delictivo tanto en el lugar en el que se llevó a cabo como en España, hecho que no concurre en la práctica⁴⁴.

A lo manifestado anteriormente, habría que añadir que el artículo 10.3 de la LTRHA contempla la posibilidad de ejercitar por el padre biológico las acciones de reclamación de paternidad contempladas en nuestro ordenamiento. Dado que la posibilidad de que el padre biológico del concebido sea también el padre comitente y quien contrató a la mujer gestante, resultaría muy extraño pensar que el partícipe en un comportamiento prohibido por nuestro sistema, pudiera después ser premiado al ver reconocida su relación de paternidad con el menor, lo cual nos conduce nuevamente a afirmar que en nuestro país, la figura de la maternidad subrogada no está prohibida sino, únicamente, inadmitida legalmente.

Así mismo, el ordenamiento jurídico interno nos proporciona una serie de mecanismos legales a través de los cuales dichos contratos de gestación subrogada pueden producir plenos efectos jurídicos en territorio español, tal y como se indicará en su correspondiente capítulo.

⁴² VELA SÁNCHEZ, A. J., “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución de maternidad subrogada en España”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, N° 7815, 2012.

⁴³ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, Colección de bioética, Universidad de Barcelona, Publicaciones y Ediciones, 2013, pp. 72-73. En este mismo sentido, se afirma también BAELO ÁLVAREZ, M., “La maternidad subrogada como una alternativa a la adopción: el baby business”, Congreso Internacional en Contextos de Riesgo, 2015, pp. 3228-3237,

⁴⁴ HEREDIA CERVANTES, I., “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *Dialnet*, 2013.

IV.3. Determinación de la filiación y su correspondiente inscripción en el Registro Civil Español.

Para proporcionar una solución jurídica a este problema legal que se plantea, debemos partir en primer término del marco doctrinal de referencia, centrado principalmente en el modo en que se determina la filiación.

La maternidad siempre ha quedado determinada como establece la máxima romana *mater semper certa est*, es decir, por razón del parto, de modo que es madre quien pare al nacido. Este criterio de determinación de la filiación materna ha permanecido intacto hasta el momento en que han aparecido nuevas técnicas de reproducción humana, como la que se está tratando en el presente trabajo. En consecuencia, podemos hablar de tres tipos de filiaciones maternas distintas⁴⁵.

Por un lado, la filiación **genética**, aquella que se caracteriza por la aportación de células sexuales femeninas, por el otro, la filiación **gestacional**, que se caracteriza por la gestación de un futuro hijo, y finalmente la maternidad **jurídica**, basada en la atribución a la mujer de las funciones jurídico-sociales propias de la maternidad. Así pues, surge la necesidad de determinar qué tipo de maternidad prevalece sobre las demás, más cuando nos hallamos ante la figura de la gestación subrogada, y ello a fin de otorgarle efectos jurídicos a tal filiación.

Un sector de la doctrina apunta que esta práctica reproductiva vulnera el contenido básico del derecho de filiación, ya que éste queda sometido a las cláusulas contractuales dispuestas por las partes intervinientes en el proceso gestacional⁴⁶. Ya no solo la madre gestante renunciará a todos los derechos y obligaciones que le correspondan como madre biológica del menor, sino que, además, a efectos de reconocer la maternidad y paternidad en favor de los padres comitentes, se deberá estar a lo dispuesto en el contrato de gestación subrogada. En consecuencia, se le estaría dando preferencia a una filiación intencional sobre el propio hecho del parto, rompiendo, por tanto, con la máxima romana referida al comienzo de este capítulo *mater semper certa est*.⁴⁷

La figura de la filiación, en términos generales, se considera aquella relación jurídica entre padres e hijos que genera derechos y deberes recíprocos, pudiendo ésta constituirse de modo natural o civil. La primera es aquella derivada de la procreación y se diferencia entre matrimonial y no matrimonial, mientras que la segunda deriva de un proceso de adopción. Sin embargo, no únicamente existe la filiación natural o civil, sino que, además, existe otra como

⁴⁵ REGALADO TORRES, M.D., “Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada”, *Femeris*, 2017, pp. 15.

⁴⁶ REGALADO TORRES, M.D., “Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada”, *Femeris*, 2017, pp. 17.

⁴⁷ REGALADO TORRES, M.D., “Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada”, *Femeris*, 2017, pp. 18.

la derivada de la fecundación artificial, la cual se detallará más adelante y con mayor profundidad debido a la relevancia que supone para el tema objeto del presente trabajo.

3.1. La filiación natural

Esta figura es causa directa de la gestación tradicional, siendo el material genético del filiado biológicamente de sus progenitores en todas las fases del proceso gestacional.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 del Código Civil, la filiación natural se diferencia entre matrimonial o no matrimonial⁴⁸.

La primera quedará determinada legalmente por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres, así como por resolución judicial firme, tal y como señala el artículo 115 del Código Civil⁴⁹, mientras que la segunda, quedará determinada legalmente en el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración realizada por el padre en el correspondiente formulario registral, por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, o por cualquiera de las otras formas previstas en el artículo 120 del mismo texto legal⁵⁰.

Este reconocimiento de la filiación no matrimonial supondría admitir la existencia de una relación biológica entre la persona que lo lleva a cabo y aquella a quien se encuentra referido. Se trata de unas personas que sin haber una relación biológica con el bebé, disponen reconocerlo como suyo, estableciendo una relación de filiación con el menor que, sin ser hijo biológico de ellos, se reconocerá como tal.

3.2. La filiación mediante la reproducción asistida

En este apartado, debemos partir de lo dispuesto en la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida por dos motivos. Por un lado, porque contiene en su articulado la inadmisión de la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento, puntualizando que la filiación materna se determina por el parto, y por el otro, porque comparte, en gran medida, el supuesto de hecho del que trae causa el presente trabajo, que no es otro que la fecundación por un acto inseminatorio o *in vitro*, no por un acto procreador de los progenitores.

⁴⁸ Artículo 108 del Código Civil de 24 de julio de 1889: “La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial...”

⁴⁹ Artículo 115 del Código Civil de 24 de julio de 1889: “La filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente: 1.º Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres. 2.º Por sentencia firme”.

⁵⁰ Artículo 120 del Código Civil de 24 de julio de 1889: “La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: 1.º En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil. 2.º Por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público. 3.º Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil. 4.º Por sentencia firme. 5.º Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil”.

3.2.1. Determinación de la filiación en los procesos de reproducción asistida.

En este punto, debemos diferenciar si la procreación se ha producido con gametos masculinos del hombre de la pareja o, si por el contrario, provienen de una donación.

En el caso de los **matrimonios**, si la fecundación se ha producido con semen del varón, se aplicarán los artículos 116 y siguientes del Código Civil, cuya única particularidad es la forma artificial en que han llegado los gametos masculinos al óvulo de la mujer, pues el resto de condiciones necesarias para la determinación de la filiación coinciden con la reproducción natural, tales como el material genético y la voluntad del marido.

En este punto, podría darse el caso también de una mujer que es inseminada con semen de su marido pero éste ni conoce ni consiente tal práctica. Ante este supuesto, que aunque parezca algo inusual no es imposible de verse en la práctica, LACRUZ BERDEJO⁵¹ expone que resultaría difícil negar la condición matrimonial de ese menor por dos motivos muy sencillos, uno porque genéticamente es hijo de ese varón, y dos porque el hijo es el interés preponderante a proteger. En este mismo sentido, LASARTE⁵² sostiene la determinación de la filiación como hijo matrimonial, el menor que ha nacido mediante una procreación asistida con semen del marido, desconociendo éste dicha acción.

Por otro lado, y en cuanto al supuesto de hallarnos ante un caso de fecundación asistida llevada a cabo con semen de un tercero y con consentimiento del marido, LACRUZ BERDEJO⁵³ manifiesta que se trata de una situación compleja pero que aun así el menor deberá ser reconocido como hijo matrimonial, y ello por un motivo muy concreto. El elemento más relevante a efectos de la determinación de la filiación de dicho menor es, sin duda, el consentimiento que presta el marido, frente al material genético que ha aportado un tercero donante. Ese elemento volitivo o de decisión de traer a ese niño al mundo no puede ser sustituido por ningún otro pero sí el material genético, luego el hijo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 8.1 de la LTRHA, deberá ser considerado como hijo suyo y matrimonial⁵⁴.

Sin embargo, en el supuesto de procreación asistida mediante semen de un tercero pero sin consentimiento del marido, la situación cambia y la filiación respecto ese menor será extramatrimonial y vinculado únicamente a la madre. Esta situación no ha sido contemplada específicamente por nuestra legislación, pero si tenemos en cuenta que el marido no ha

⁵¹ LACRUZ BERDEJO, J.L., Elementos de Derecho Civil IV. Familia (4ª Edición), Editorial Dykinson, Madrid, 2010.

⁵² LASARTE, C., Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI (12ª Edición), Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013.

⁵³ LACRUZ BERDEJO, J.L., Elementos de Derecho Civil IV. Familia (4ª Edición), Editorial Dykinson, Madrid, 2010.

⁵⁴ Artículo 8.1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 26 de mayo de 2006: “Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”.

proporcionado el material genético para la procreación y, además, no ha prestado su consentimiento para llevar a cabo dicha acción, el hijo será extramatrimonial. Ahora bien, si se inscribiera como matrimonial al amparo del artículo 116 del Código Civil, el marido podrá impugnar la paternidad del mismo según las reglas generales.

En cuanto a la filiación en el supuesto de **parejas de hecho**, si la fecundación se produce con semen del varón y mediando consentimiento del mismo, la LTRHA no dispone ninguna prevención legal al respecto, pero deberán aplicarse de manera análoga las normas reguladoras para el supuesto de determinación de la filiación en el caso de los matrimonios. En relación a la paternidad, solo se considerará jurídica por los mecanismos previstos en el artículo 120 del Código Civil.

En el supuesto en que el varón de la pareja de hecho no prestase su consentimiento a dicha acción, el supuesto no se diferencia de la procreación mediante un tercero donante, puesto que éste no ha asumido ninguna responsabilidad sobre el menor, de modo que, resulta muy discutible que pudiera declararse su paternidad en un proceso de reclamación de filiación. No obstante, si hay consentimiento, se aplicarán los mismos principios y argumentos que en el supuesto del matrimonio, por lo que la paternidad del hijo corresponderá al varón que presta su consentimiento y que asume la responsabilidad y rol social de padre del mismo, pero, si por el contrario, no ha prestado su consentimiento ni ha intervenido y/o asumido responsabilidad alguna sobre el mismo, no se le podrá relacionar legalmente con ese ser nacido.

3.2.2. Problemas que plantea la filiación mediante la figura de la maternidad subrogada.

Tal y como hemos referido en anteriores capítulos, la figura de la maternidad subrogada no encuentra amparo legal en nuestro ordenamiento jurídico interno, toda vez que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

Así mismo, en su apartado segundo, se expone que “la filiación de los hijos nacidos por medio de esta técnica será determinada por el parto”, siendo, por tanto, la verdadera y única madre del menor la que lo haya gestado y dado a luz, obviando, en consecuencia, de quién sea el material genético que ha hecho posible la creación de esa vida. Esto es de especial importancia debido a que nos está delimitando en qué consiste esta técnica reproductiva de la maternidad subrogada.

No obstante, dicho precepto continúa señalando la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico. De esta forma, aunque no se reconozca

explícitamente la gestación por sustitución, el padre biológico podrá reclamar judicialmente su relación paterno-filial respecto el menor, instando un procedimiento declarativo en el que se obtenga una resolución que declare que él es el verdadero padre del menor.

Esto podría parecer una gran hipocresía por parte del Estado español habida cuenta que en un primer momento no reconoce la gestación por sustitución para después permitir la filiación respecto de aquella persona que aportó el material genético para llevar a cabo la procreación del menor.

Así pues, la situación habitual que se da en la práctica es la de un varón que cede su material biológico para que se le implante a la gestante con la finalidad de gestar al bebé y, una vez nacido éste, entregárselo a sus padres intencionales. En este caso, y en aplicación del artículo 10 LTRHA, tal y como hemos señalado anteriormente, la madre biológica del menor sería la mujer gestante mientras que el padre será el que haya prestado su material genético, teniendo el derecho de iniciar cuantas acciones legales se le reconozcan para instar ante los órganos jurisdiccionales el reconocimiento de su filiación paterno-biológica respecto del menor. Así mismo, la gestante podrá renunciar a su maternidad y el otro miembro de la pareja comitente podrá convertirse en madre del nacido mediante la vía de la adopción.

Ahora bien, dicho precepto legal hace una omisión referente a la posibilidad de que la madre biológica, que a su vez sea la mujer comitente, pueda ejercer la acción de reclamación de su filiación materna respecto el menor cuando haya aportado su material genético para la procreación. Este hecho se debe a la afirmación contenida en el apartado 2º del mismo, ya que, en estos supuestos, la madre siempre se considerará a la madre gestante por razón del parto y no a la madre intencional, luego no tendrá importancia el material biológico sino la mujer que ha llevado a cabo el nacimiento del hijo, de modo que, la mujer comitente no podrá ser la madre legal del nacido aun cuando hubiera aportado el material genético para la fecundación. Por tanto, la disposición contenida en el apartado 2º del artículo 10 supone la aplicación de las reglas generales de determinación de la maternidad.⁵⁵ No obstante, tal y como hemos apuntado anteriormente, una vez el padre biológico haya ejercitado la acción de reclamación de la paternidad de conformidad con el artículo 10.3, y previa renuncia de la madre sustitutiva a su filiación, la mujer comitente podrá convertirse en la madre del menor vía la adopción.

Otra cuestión importante a tener en cuenta en relación a la determinación de la paternidad, es que si la mujer gestante está casada, operaría la presunción de paternidad del artículo 116 del Código Civil, tanto si el gameto masculino proviene del comitente como de un tercero o del mismo marido de la mujer sustituta, si bien continuaría siendo factible que el padre intencional reclamase su paternidad a tenor del artículo 10.3 de la LTHRA.

⁵⁵ HUALDE MANSO, T., “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil Doctrinal*, Nº 10, 2012, pp. 23.

Del mismo modo, y de conformidad con el artículo 136 del Código Civil⁵⁶, el cónyuge de la mujer gestante puede impugnar la paternidad que se le atribuya conforme a la presunción legal del artículo 116 del mismo texto legal. La acción de impugnación se podrá interponer tanto si el marido de la gestante hubiese dado su consentimiento para la gestación como si no lo hubiese prestado, y triunfaría siempre y cuando no hubiese aportado su material genético. Ahora bien, si el gameto masculino proviene de un donante, estaríamos ante el supuesto recogido en el artículo 8.1. de la LTHRA, y tendríamos que estar al consentimiento del marido de la mujer gestante para determinar la paternidad. En caso de verificarse tal consentimiento, el hijo se considerará matrimonial y será inscrito como tal, no habiendo posibilidad alguna de impugnación por parte de éste.

En el caso de que la mujer gestante no estuviera casada, no operaría ninguna presunción de paternidad, de modo que, el niño no tendrá un padre legal a no ser que se determine por alguna de las vías del artículo 120 del Código Civil. En este caso, el hombre comitente podrá efectuar un reconocimiento expreso que le atribuya la paternidad en tanto no se impugne⁵⁷, pero si ha aportado su material genético para llevar a cabo la gestación, la solución nos la proporciona el artículo 10.3 de la LTHRA tal y como hemos señalado anteriormente.

Como podemos observar, y pese a la inadmisión en nuestro ordenamiento jurídico de los contratos de gestación subrogada, disponemos de distintos mecanismos legales que favorecen el reconocimiento de la filiación de los padres comitentes respecto del nacido, siendo uno de dichos mecanismos el reconocimiento de la filiación paterna del padre biológico mientras que la mujer comitente dispone del instrumento legal de la adopción para determinar su filiación maternal respecto del menor.

3.3. Inscripción de la filiación en el Registro Civil Español.

La cuestión principal que debe abordarse en este supuesto es determinar de qué modo en el derecho español, la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, que ha sido determinada en el extranjero, puede producir plenos efectos jurídicos en nuestro país, siendo para ello de especial importancia conocer los mecanismos de los que disponen los interesados para proceder a la inscripción de dicha filiación en el Registro Civil Español.

Los padres comitentes cuando regresan a España con el menor, siempre tendrán una determinada documentación oficial, ya sea registral o una resolución judicial, que indique que dicho menor es legalmente hijo de éstos y no de la mujer gestante, ni siquiera aparecerá el

⁵⁶ Artículo 136 del Código Civil de 24 de julio de 1889: “El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento. Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero”.

⁵⁷ JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución”, Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014/736), pp. 407.

nombre de ésta. Ahora bien, puede darse el caso de que a la hora de proceder a inscribir dicho certificado de nacimiento, expedido por las autoridades extranjeras, en el que consta que el menor es hijo de ellos, el Consulado de España situado en el país extranjero donde se ha llevado a cabo la gestación subrogada, se niegue a tal inscripción, argumentado su negativa en la “prohibición” de tal práctica en la legislación española.

Ante tal situación de inseguridad jurídica, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos intervino al respecto, afirmando que la filiación derivada de estos acuerdos debe producir efectos jurídicos en todos los Estados que sean parte del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en la ciudad de Roma el 4 de noviembre de 1950. El motivo por el cual dicho Tribunal sostiene dicha idea, no es otra que, al reconocer dicha eficacia jurídica, se garantiza la protección del derecho a la vida privada de los menores y a la vida familiar ya que, a pesar de las circunstancias, los padres intencionales y el nacido formarán una vida en familia que también debe ser objeto de protección jurídica.⁵⁸

Ahora bien, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos continuó señalado que los Estados miembros al disponer de autonomía y libertad suficiente podrán decidir en tales casos como proceder, pudiendo en consecuencia negar o admitir dicha eficacia, no habiendo, por tanto, problema alguno en que el Estado en cuestión alegue la excepción del orden público, si bien es requisito imprescindible que se trate de una alusión motivada, razonada y respetando los derechos reconocidos en dicho convenio.

En tal sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece que no podrá traerse a colación para denegar tal eficacia la excepción del orden público internacional por el simple hecho de tratarse de una práctica reproductiva no admitida en dicho Estado, o la defensa de la seguridad nacional, ya que debe tratarse de una alusión justificada y en armonía con la interpretación que se haga del contenido previsto en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, pero sí que podría justificarse tal excepción alegando la preservación de la salud pública o la moral.

Por todo ello, apunta el Tribunal, deberá llevarse a cabo un juicio de proporcionalidad, teniendo en cuenta tanto los intereses generales como el interés particular de los padres comitentes para que se reconozca la filiación en beneficio del menor, así como el interés social del Estado de destino que rechaza dicho reconocimiento, todo ello teniendo en cuenta la posible lesión de los derechos a la vida familiar, privada e identidad del nacido (reconocido en el artículo 8 del CEDH⁵⁹), pues al no otorgar eficacia jurídica a dicha filiación, en

⁵⁸ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del TEDH”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, N° 7, 2015.

⁵⁹ Artículo 8 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familia, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia está prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

consecuencia denegando su inscripción en el registro civil, se estaría vulnerando dichos derechos, sometiendo al menor a una situación de incertidumbre jurídica al vivir con unos padres que legalmente no están reconocidos como tal. El interés superior del menor ha de prevalecer siempre y en todo caso, de modo que, los Estados parte no pueden dejar desamparados a estos menores por una simple cuestión de orden público, ya que, en dicho caso, los menores se encontrarían en una situación de desamparo inaceptable, ya que no serían hijos ni de la madre gestante ni de los padres comitentes.⁶⁰

Así mismo, en el caso en que no se otorgara al menor esa protección jurídica, se estaría llevando a cabo una discriminación por razón de su filiación, vulnerándose en consecuencia el artículo 14 de la Constitución Española, que reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación, principio que en definitiva lo que pretende es evitar que el concebido se vea privado de su estatus jurídico por el simple hecho de no tener acreditada su filiación, extremo éste que deriva de la única y simple circunstancia de haber nacido fruto de un contrato de maternidad subrogada.

La inscripción registral tiene una importancia relevante ya que no únicamente es un mecanismo para dejar constancia de que dichas personas son los padres legales de otra, sino que, además, es una vía necesaria para poder acceder al conjunto de derechos y obligaciones que comporta la filiación, viéndose protegido jurídicamente conforme al Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño del año 1989, disponiendo de una única y válida filiación en todos los países. Del otro modo, se vería desprotegido por tener una determinada filiación en el Estado donde se ha llevado a cabo la gestación, reputándose inexistente en el Estado receptor donde no se admite dicha práctica.⁶¹

3.3.1. Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 18 de febrero de 2009.

Dado que han sido muchos los casos de menores nacidos en países extranjeros donde dicha práctica reproductiva está permitida y al llegar a España no podían ser inscritos en el Registro Civil Español, la Resolución dictada por la Dirección General de Registros y Notariado de fecha 18 de febrero de 2009⁶², representó una novedad relevante en cuanto a la inscripción de los niños nacidos mediante la gestación subrogada⁶³.

⁶⁰ TEDH en las sentencias asuntos Mennesson contra Francia (Nº 65192/11) y Labasse contra Francia (Nº 65941/11), de 20 de junio de 2014.

⁶¹ TOLEDO QUINTANA, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, pp. 22-24.

⁶² BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

⁶³ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, pp. 295-296.

La intervención de la Dirección General de Registros y Notariado se debió principalmente al deseo de los padres comitentes de inscribir estas relaciones de filiación en el Registro Civil mediante la presentación de un título acreditativo de dicha filiación expedido previamente en el país extranjero por las autoridades locales de dicho Estado. Así pues, su posición inicial sobre esta materia se aprecia en virtud de dicha Resolución, si bien, posteriormente, fue modificada por la Instrucción de la Dirección General de Registros y Notariado de fecha 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, siendo ésta la que rige en la actualidad.

El origen de esta primera Resolución se halla en el conocido caso “valenciano”. Un matrimonio de dos hombres homosexuales de nacionalidad española que plantean un recurso ante el Registro Consular Español de Los Ángeles por haberles denegado la inscripción de los certificados de nacimiento en los que constaba determinada la filiación de los menores a favor de los recurrentes desde antes del nacimiento de los mismos.

El principal argumento en el que se fundamentó tal denegación, fue el ya mencionado artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, más concretamente, el apartado 1º que declara la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución, así como el apartado 2º que establece que la filiación de los hijos nacidos mediante esta técnica reproductiva se determina por el parto, siendo la mujer que da a la luz a los menores la considerada como “madre legal” de los mismos, no pudiendo ser considerados los cónyuges españoles “padres” de tales nacidos. Esta regulación constituye el efecto jurídico de la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación subrogada en nuestra legislación.

Los interesados interpusieron contra dicha denegación registral el correspondiente recurso, ante la Dirección General de Registros y Notariado, quienes lo estimaron y ordenaron la inscripción registral de los certificados de nacimiento con idéntica filiación a la que constaba en las autoridades extranjeras, es decir, que los menores eran hijos naturales de los cónyuges de los varones españoles.⁶⁴

3.3.2. Argumentos del Centro Directivo para admitir la inscripción registral de los menores.

El presupuesto inicial por el cual debe permitirse la inscripción registral del título extranjero acreditativo de la relación de filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución, según el Centro Directivo, no es otro que dicha situación no plantea un problema de determinación del derecho aplicable, sino un problema de validez extraterritorial de decisiones extranjeras, descartándose, por tanto, la aplicación del artículo 10.1 y 2 de la LTRHA.

⁶⁴ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., ““Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, pp. 295.

La Dirección General de Registros y Notariado partió de una cuestión preliminar: determinar si los menores nacidos en California ostentaban la nacionalidad española, y en base a ello, permitir la inscripción en el Registro Civil español.

Para resolver dicha cuestión, la Dirección General de Registros y Notariado aplicó el artículo 15 de la Ley del Registro Civil, el cual exige que para que los certificados de nacimiento puedan acceder al registro, bien éste debe haberse producido en España, o bien el nacido debe ostentar la nacionalidad española⁶⁵. El primer supuesto no concurre dado que el nacimiento se produce en California, pero para resolver el segundo, debe acudir al artículo 17.1.a) del Código Civil, el cual indica que son españoles “los nacidos de padre o madre españoles”⁶⁶. Así pues, en virtud de dicho precepto, no se exige la determinación legal de la filiación del menor respecto de un padre o de una madre de nacionalidad española, siendo suficiente con que se acredite el “hecho físico de la generación” del nacido, para que sea considerado “hijo” de padre o madres españoles, siendo un indicio muy poderoso de dicha circunstancia el hecho de que los varones españoles habían aportado su material genético para la gestación. En consecuencia, no resulta preciso instar un proceso judicial a efectos de determinar legalmente la filiación de los menores con arreglo a la ley que regula la misma, siendo ésta la ley nacional de nacido, de conformidad con el artículo 9.4 del Código Civil, considerándose los nacidos en California españoles, razón por la que debe aplicarse el artículo 15 de la Ley del Registro Civil, permitiéndose así que dicho nacimiento acceda al Registro Civil español⁶⁷, descartándose así mismo la aplicación de la ley sustantiva designada por dichas normas de conflicto, es decir, la LTRHA.

La Dirección General de Registros y Notariado entendió que la intención de los recurrentes era dar eficacia en España a una certificación registral extranjera que tenía su origen y fundamento en una previa resolución judicial dictada fuera de España, que establecía una relación de filiación a favor de un nacional español y excluía la de la madre gestante, lo que implica que esa decisión judicial sea la que está llamada a desplegar efectos en España, convirtiendo en título inscribible, ya no la mera certificación registral, sino la propia resolución judicial de la que trae causa⁶⁸, lo cual podía conseguirse mediante la aplicación de

⁶⁵ Artículo 15 de la Ley del Registro Civil. BOE, núm. 151, de 10 de junio de 1957. Dicho precepto, citado en la Resolución de la DGRN, ha sido modificado posteriormente por la Ley 20/2011, de 21 de julio de 2011, del Registro Civil, la cual se halla actualmente en *vacatio legis*.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, pp. 296.

⁶⁶ Artículo 17 del Código Civil. BOE, núm. 206, de 24 de julio de 1889.

⁶⁷ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, pp. 297.

⁶⁸ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, pp. 298-299.

los artículos 81⁶⁹ y 85⁷⁰ del Reglamento del Registro Civil, atribuyendo así a la certificación registral extranjera la condición de título inscribible en nuestro Registro Civil.

Para entender esto es preciso conocer la regulación de la gestación por sustitución en el Estado de California. El procedimiento para obtener la paternidad de un niño a través de un contrato de gestación por sustitución, encuentra su fundamento en el Artículo 7630 f) del Código de Familia californiano y exige necesariamente la obtención de una decisión judicial, previa al nacimiento, en la que se homologa el contrato de maternidad subrogada previamente preparado por un tercero, que generalmente será una agencia privada que pondrá a disposición de los padres solicitantes los medios jurídicos y médicos que resulten necesarios para ejecutar el acuerdo de gestación por sustitución.

El objetivo de este proceso judicial no es otro que obtener una decisión mediante la cual se declaren extinguidos los derechos y obligaciones de la madre gestante y de su eventual pareja, atribuyendo la paternidad a los padres intencionales. Es decir, lo que se hace es determinar la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada y esta decisión judicial es la que ordena la expedición del certificado de nacimiento, donde ya no consta referencia alguna a la madre gestante, y la que impone que en el acta de nacimiento no se haga mención alguna a ésta y sí a los padres intencionales.

Todo lo anterior, implica que el reconocimiento de la decisión judicial sea el trámite previo e imprescindible para conseguir que dicha filiación acceda al Registro Civil español. Dicho de otro modo, la existencia de esta resolución judicial, así como su contenido, es el elemento esencial que la autoridad registral española debe tener presente a la hora de decidir si permite o no la inscripción de dicho certificado expedido por una autoridad extranjera, y ello de conformidad con el artículo 83 del Reglamento del Registro Civil⁷¹, cuya finalidad no es otra que garantizar que, siempre que el acto tenga su origen en una resolución expedida por una autoridad que interviene con carácter constitutivo u obligatorio, la inscripción del mismo debe quedar sometida al previo reconocimiento de la resolución de la que trae causa.

Así mismo, la Dirección General de Registros y Notariado mediante dicha Resolución ponía de manifiesto que nada impedía en la legislación registral realizar la inscripción de dichos menores en base al artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, ya que de conformidad con el mismo, el control de legalidad que se exige para que las certificaciones

⁶⁹ Artículo 81 del Reglamento del Registro Civil: “El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales”.

⁷⁰ Artículo 85 del Reglamento del Registro Civil: “Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española...”.

⁷¹ Artículo 83 del Reglamento del Registro Civil: “No podrá practicarse inscripción en virtud de sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla requiere <exequátur>, deberá ser previamente obtenido...”.

registrales extranjeras puedan acceder al Registro Civil, no es que sean decisiones idénticas a las que hubiese dictado la autoridad registral española, sino que se trate de documentos públicos adoptados por una autoridad competente que desempeñe “funciones equivalentes” a las de las autoridades registrales españolas (en su caso, constatación del nacimiento y filiación del menor)⁷², configurándose dicho documento como el “título para inscribir el hecho de que da fe”. Así mismo, el único requisito que exige el citado precepto, es que la certificación extranjera “tenga fuerza de ley”. Ahora bien, dado que dicha norma no contiene los efectos legales que debe producir las certificaciones registrales extranjeras, el sistema al que se acude a dichos efectos es el de “elaboración judicial” o el que la propia Dirección General de Registros y Notariado considere oportuno para que dichas certificaciones adquieran esa “fuerza de ley” en España que la norma exige. Para ello, deberá tenerse en cuenta las exigencias siguientes: 1.- Debe tratarse de un sistema legal mediante el cual se pueda establecer los requisitos que deberá cumplir la certificación registral extranjera; 2.- Dicha fuerza de ley puede obtenerse mediante un reconocimiento “incidental”, siendo la autoridad ante la que se plantee la cuestión la encargada de valorar si dicha certificación registral debe surtir o no efectos legales en España; 3.- En cuanto al sistema de eficacia legal en España de dichas certificaciones, deben ser un sistema de “control de requisitos de regularidad internacional”, pero no puede exigirse que la solución adoptada por la autoridad extranjera deba ser idéntica a la que hubiese adoptado en ese caso concreto la autoridad registral extranjera, no pudiendo tampoco ésta última llevar a cabo una revisión de fondo de la primera.⁷³

Entre otros de los argumentos aportados por dicha Resolución en cuanto a la permisión de dichas inscripciones registrales en el Registro Civil, era la inexistencia de fraude de ley. En el caso concreto que se trató en la misma, los particulares no utilizaron una norma de conflicto ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una ley imperativa española, de modo que no se manipuló el punto de conexión de la norma de conflicto española ni tampoco se creó un vínculo ficticio entre el caso concreto y ese país extranjero, deseando con ello ver aplicada al supuesto en función la legislación de dicho país. En el caso de autos, los particulares no acudieron al país extranjero con el fin de litigar allí y obtener una resolución extranjera que después introducirían en España, ni tampoco se presentó ante el Registro Civil al nacido como nacional norteamericano y con domicilio en dicho país, lo cual sí hubiese provocado la aplicación de la ley de dicho país por un juez español y, en consecuencia, una alteración del punto de conexión de la norma de conflicto, existiendo, por tanto, fraude de ley⁷⁴.

⁷² CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., ““Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, pp. 306.

⁷³ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., ““Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, pp. 308-309-310.

⁷⁴ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., ““Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, pp. 316.

Así pues, de lo que se trata es de precisar si una filiación ya determinada en virtud de una certificación registral extranjera, puede acceder al registro civil español con los mismos efectos que otra producida en España. Lo que se invoca ante nuestras autoridades registrales por tanto es una relación jurídica establecida al amparo de un ordenamiento extranjero, es decir, el título extranjero que acredita la filiación. Se trata, por tanto, de supuestos en los que una autoridad nacional habrá aplicado previamente un determinado ordenamiento jurídico para constatar si realmente se verificaron en su momento todas las condiciones necesarias para atribuir la paternidad a los comitentes, debiendo únicamente nuestra autoridad determinar si se permite que ésta despliegue o no efectos en España, es decir, reconocerla u oponerse a su reconocimiento mediante la aplicación de las normas relativas a la eficacia registral de dichos títulos en nuestro país, centrándose la cuestión por tanto en un tema de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España, no debiendo las autoridades registrales españolas aplicar las normas de conflictos españolas, que indican que la filiación debe regirse por la ley nacional de los menores (artículo 9.4 del Código Civil), ni tampoco la ley sustantiva designada por tales normas, siendo ésta la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida.

De esta forma, posibilitando la importación en España de las decisiones públicas extranjeras se logra que las situaciones jurídicas de los particulares no cambien de un Estado a otro, generando con ello un marco de inseguridad jurídica en el que se ve inmerso tanto el menor como los padres intencionales del mismo. Así mismo, debe tenerse en cuenta que el interés superior del menor, reconocido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, exige que los menores queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, además, de su derecho a tener una única identidad, lo cual se traduce en una filiación única y válida en todos los países, y no de una cambiaria en función de si nos hallamos ante el Estado de origen u el receptor u otro, siendo sus padres distintos cada vez que decidan cruzar fronteras. Todo ello quedaría garantizando permitiendo la inscripción en nuestro Registro Civil de la certificación registral expedida por las autoridades extranjeras propias del país en el que se ha llevado a cabo la gestación subrogada⁷⁵.

3.3.3. Instrucción de la Dirección General de Registros y Notariado de 5 de octubre de 2010.

En fecha 5 de octubre de 2010, la DGRN dictó una Instrucción sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución⁷⁶, posibilitando a los padres comitentes inscribir en el Registro Civil la filiación de los nacidos en el extranjero mediante dicha técnica reproductiva.

⁷⁵ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., ““Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, pp. 311-312.

⁷⁶ BOE, núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

Dicha Instrucción fue dictada tras el incremento notable de recursos que se interponían ante la DGRN contra las resoluciones denegatorias de inscripción registral que emitían los diferentes encargados de los Registros Civiles consulares, siendo en la actualidad la norma a la que deben acogerse los comitentes a fin de instar la inscripción registral de la correspondiente filiación determinada en el extranjero.

Para ello, resulta preciso que se presente ante las autoridades españolas una sentencia o resolución judicial extranjera que acredite dicha filiación a favor de los padres comitentes (por tanto, se requiere una renuncia expresa por parte de las gestantes a su filiación materna), que al menos uno de los padres tenga nacionalidad española y así derive de dicha resolución, que se compruebe que la mujer gestante dio su libre consentimiento para renunciar a su patria potestad, y que el menor no ha sido objeto de comercialización alguna. De conformidad con dicha resolución judicial, que deberá de ser dictada por un tribunal competente del país de origen, quedará “demostrada la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción”. Así mismo, también quedaría “verificado que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico ilegal de menores, así como la eventual previsión y posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento u otros requisitos previos en la normativa legal del país de origen”.⁷⁷

Esta Instrucción, además, supone que en todos aquellos casos en los que la relación de filiación hubiera sido determinada en el extranjero a través de una resolución judicial, el título inscribible y el que por tanto debería superar los requisitos establecidos por nuestra regulación registral, sería este último y no una eventual certificación registral que trajera causa de aquélla. Así mismo, y en caso de que la resolución judicial o sentencia que determine la filiación del menor haya sido dictada en un proceso contencioso, será necesario iniciar el reconocimiento *exequátur* ante los órganos jurisdiccionales españoles del orden civil. En este caso, deberá presentarse ante el encargado del Registro Civil la solicitud de inscripción, así como el Auto que ponga fin al indicado *exequátur*. Dicha inscripción sería inadmisibile en aquellos casos en que la relación de filiación no hubiese sido determinada por una resolución judicial previa, convirtiéndose, por tanto, la resolución judicial la única vía de acceso al Registro Civil, debiéndose someter la misma al referido *exequátur*, regulado en los artículos 954 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (exceptuado de la derogación por la disposición derogatoria única, apartado 1.3., de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000)⁷⁸, o en su defecto, obteniéndose mediante el procedimiento contemplado en los artículos 41 al

⁷⁷ SUYAPA FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A., “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación por sustitución”, *op. cit.*, pág. 12-17.

RUBIO TORRANO, E., “Inscripción como hijos de varones nacidos mediante gestación por sustitución”, *Aranzadi Civil-Mercantil Doctrina*, N° 9, 2011.

HUALDE MANSO, T., “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada”, *Aranzadi Civil-Mercantil Doctrinal*, N° 10, 2012.

⁷⁸ BOE, núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

61 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

Así pues, la citada Instrucción establece lo siguiente⁷⁹:

1.- Exigencia de una resolución judicial extranjera en la que se acredite la filiación del menor fruto de dicha práctica reproductiva en relación con el padre biológico. En el momento de acceder al Registro Civil español, los interesados deberán presentar junto a la correspondiente solicitud de inscripción del nacimiento, dicha resolución judicial, no admitiéndose como título apto para dicha inscripción una certificación registral extranjera o la simple declaración.

La Instrucción viene a indicar que el único título apto para fundamentar la inscripción de la filiación en España es una resolución judicial extranjera. Esta resolución judicial es la que realmente determina el régimen de la filiación de los nacidos por maternidad subrogada, por lo que el reconocimiento de tal resolución ha de constituir un trámite previo e imprescindible para lograr el acceso al registro civil español, tal y como prevé el artículo 83 del Reglamento del Registro Civil.

Así mismo, dicha la resolución de filiación deberá reconocerse en España de acuerdo con lo previsto en el artículo 954 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es lo que se conoce como el *exequátur*, de modo que, si previamente no se ha conseguido, el registrador del Registro Civil español denegará la solicitud de la inscripción registral.

2.- Exigencia de un reconocimiento incidental cuando la resolución extranjera haya sido dictada como consecuencia de un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria. En este caso, el mismo encargado del Registro Civil controlará incidentalmente como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España, no quedando sometida al requisito del *exequátur* la inscripción de la filiación, siendo el propio registrador quien podrá reconocer dicha resolución e inscribirla en el Registro Civil español una vez que, tras su valoración, compruebe la concurrencia de las circunstancias o requisitos que se prevén en el apartado 3 de la Primera Directriz de la Instrucción de la Dirección General de Registros y Notariado.

Así mismo, en dicho control incidental deberá constatarse los siguientes extremos⁸⁰: a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualquier otro documento que se presenten al mismo tiempo.

b) Que el tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

⁷⁹ BOE, núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

⁸⁰ BOE, núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.

d) Que no se haya producido vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre sustituta. En particular, deberá verificarse que el consentimiento de la mujer haya sido obtenido de manera libre y voluntaria.

e) Que la resolución judicial sea firme y que los consentimientos prestados sean irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera, que este plazo haya transcurrido, sin que quien tenga reconocida la facultad de revocación la hubiera ejercitado. Con ello se pretende garantizar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado, que no existe simulación en el contrato gestacional que encubra el tráfico internacional de menores, así como que hay una correcta protección del interés del menor.⁸¹

3.- En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del menor, una certificación registral extranjera o una simple declaración, acompañada de una certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante. Por tanto, el encargado del Registro Civil español denegará la solicitud de inscripción cuando no se le presente junto con la resolución judicial que determine la filiación, la certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

⁸¹ SUYAPA FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A., “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil Doctrinal*, Nº 6, 2011, pp. 12-17.

IV.4. Supuestos que podrían plantearse en la práctica jurídica.

4.1. Efectos del incumplimiento del convenio por gestación subrogada, en particular, la responsabilidad civil derivada del mismo.

La eficacia del contrato de maternidad subrogada puede verse frustrada por dos circunstancias. Por un lado, la mujer gestante decide no entregar al nacido, lo cual no es imposible ya que durante todo el proceso gestacional la madre puede arrepentirse de la decisión de entregar al niño conforme a lo pactado. Por el otro, los padres comitentes no aceptan al bebé por haber nacido con alguna enfermedad o deficiencia, la pareja finalmente ha logrado un embarazo natural, el nacimiento de varios hijos en vez de uno solo, el sexo no deseado del bebé, etc. Muchos son los motivos por los cuales los padres comitentes pueden finalmente renunciar a sus propios hijos nacidos mediante esta técnica reproductiva.⁸²

En ambos supuestos se produciría un incumplimiento contractual, lo cual conllevaría un conflicto judicial con el fin de determinar el destino de los hijos nacidos mediante esta técnica reproductiva. En el primer caso, dicho incumplimiento sería imputable a la mujer gestante y el segundo a los comitentes.

En el supuesto en que la mujer sustituta pretenda exigir el cumplimiento del contrato frente a unos padres comitentes que residen en un país en el que la maternidad subrogada no está reconocida legalmente, como el caso de España, pero cuya pretensión la ejercita en su país, en el que esta técnica reproductiva está reconocida y permitida, no habría conveniente alguno para entrar a conocer el fondo del asunto y resolver lo que proceda, pero si nos hallásemos ante el supuesto de unos padres comitentes que intentan ejercitar la acción en España, al tratarse de un contrato que nuestro ordenamiento jurídico declara nulo de pleno derecho, los órganos jurisdiccionales españoles podrían inadmitir la correspondiente reclamación. No obstante, atendiendo al interés superior del menor, deberían entrar a conocer el fondo del asunto.⁸³

El objeto de dichos procesos judiciales es la reclamación de una indemnización por daños y perjuicios ocasionados, a la cual tendrá derecho la parte que hubiese cumplido con los términos del contrato. En dicho sentido, si son los padres intencionales quienes incumplen las directrices de lo pactado, serán quienes deberán asumir el pago de la indemnización que le corresponda percibir a la mujer gestante, mientras que si es la mujer gestante quien incumple el mismo (caso de una interrupción del embarazo a pesar de que los padres comitentes quieren continuar con el mismo), será quien deberá responder de la correspondiente indemnización civil.

⁸² REGALADO TORRES, M.D., “Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada”, *Femeris*, 2017, pp. 21.

⁸³ VILAR GONZÁLEZ, S., “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, N° 14, 2014, pp. 925-926.

4.2. Problemas con la mujer gestante que decide en el último momento no renunciar a la filiación del concebido.

El vínculo de filiación entre el nacido y los padres intervinientes se produce desde el mismo momento de su nacimiento (siempre condicionado a que el menor finalmente adquiriera personalidad jurídica, lo cual se produce cuando se desprende del seno materno⁸⁴), así como desde el momento en que las partes prestan su consentimiento y autorizan la celebración del convenio gestacional, por lo que al nacer el menor éste ya tendrá reconocida su filiación a favor de los comitentes, y, en consecuencia, tienen el derecho de poder hacerse cargo del mismo.

Ahora bien, podría ocurrir que la madre decidiese en último momento no entregar voluntariamente al nacido tras su nacimiento, lo cual implica que incurriera en responsabilidad civil por incumplimiento contractual, debiendo indemnizar a los padres comitentes por los daños y perjuicios que les hubiese generado, sobre todo morales, toda vez que desde que se produce el alumbramiento del nacido, la mujer gestante tiene el deber contractual de entregar al nacido.

Así pues, los comitentes tendrían dos vías para exigir la entrega del menor:

1.- Por un lado, acudir a los órganos jurisdiccionales a fin de que el juez proceda a requerir a la mujer gestante para que entregue inmediatamente al bebé, así como la imposición de las responsabilidades civiles y penales que se consideren procedentes. En caso de que el requerimiento resulte infructuoso, podrían iniciar cuantas acciones penales consideren oportunas, acudiendo a los artículos 163 y siguientes del Código Penal, relativo a las detenciones ilegales y secuestros. No obstante, dada la especial situación de la mujer gestante respecto del nacido, el supuesto de hecho podría ubicarse dentro de los delitos contra las relaciones familiares.

2.- Por el otro, y siempre que exista un riesgo fundado de sustracción del menor por la mujer gestante, podrán acudir ante el juez instando la adopción de aquellas medidas judiciales extraordinarias que se consideren necesarias a fin de evitar tal situación, procediendo a la adopción de medidas tales como la prohibición de salida del territorio nacional (salvo autorización judicial previa), la prohibición de expedición de pasaporte o retirada del mismo, y ello de conformidad con el artículo 158.3º del Código Civil⁸⁵.

⁸⁴ Artículo 30 del Código Civil. BOE, núm. 206, de 25 de julio de 1889.

⁸⁵ Artículo 158.3º del Código Civil: “El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: (...) 3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

En otro orden de ideas, y en caso de que el menor requiera atención médica tras su nacimiento, quedando la entrega del mismo supeditada al momento de su alta médica, no habría un incumplimiento del convenio gestacional y, en consecuencia, la madre gestante no incurriría en responsabilidad alguna, pero ello siempre y cuando el menor estuviese bajo tratamiento médico y las partes así lo hubiesen convenido en el contrato.

Así mismo, y habida cuenta que los comitentes son los verdaderos padres legales del nacido, son quienes deberán tomar las decisiones que consideren más oportunas en cuanto a la actuación médica a realizar sobre el menor, decidiendo que hacer para su mejor cuidado, por ejemplo, consentimiento o intervención quirúrgica o sometimiento a un tratamiento alternativo, traslado a otro hospital, consulta a otros especialistas, etc. La única excepción que podría darse a todo lo anterior sería que por prescripción médica el nacido tuviera que estar bajo el cuidado de la mujer gestante, en cuyo caso, los padres comitentes se verán forzados a cumplir con lo dispuesto.

Finalmente, las partes podrán incluir en el contrato de forma clara y concisa una cláusula en virtud de la cual, en caso de no producirse la entrega voluntaria del menor, así como por el incumplimiento del requerimiento judicial, los padres podrán exigirle responsabilidad civil y penal, según las circunstancias del caso, a la mujer gestante, así como instar la adopción judicial de cuantas medidas extraordinarias se consideren necesarias a fin de prevenir la sustracción del nacido.

4.3. Efectos del incumplimiento del contrato de gestación subrogada por causas imputables a la mujer gestante, tales como la decisión de ésta de llevar a cabo la interrupción del embarazo.

En el primer supuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la LO 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, la mujer gestante tendría derecho a adoptar libremente tal decisión, ya que ello afectaría a su dignidad, integridad y bienestar físico y mental, y especialmente en cuanto a su propio cuerpo y salud reproductiva y sexual. En consecuencia, dicha decisión no podría verse limitada y, por tanto, las partes no podrían prever una cláusula contractual en virtud de la cual se restringiera tal libertad. Así pues, si durante la gestación se produjese alguna de las circunstancias previstas para la interrupción del embarazo, la mujer gestante podrá adoptar tal decisión libremente. No obstante, pese a que dicha voluntad no puede verse limitada, las partes sí que podría establecer un acuerdo en cuanto al modo de proceder a la hora de llevar a cabo tal interrupción.

En cuanto al derecho de percibir la compensación económica acordada en el contrato, así como todos aquellos gastos relativos al periodo de embarazo y post-parto, si el embarazo no culminase por causas imputables a la mujer gestante, el mismo se extinguirá. Pero, si el embarazo no culmina por causas ajenas a la voluntad de la sustituta, es decir, por aborto espontáneo o inducido por circunstancias sobrevenidas respecto de ella o del concebido, tales

como grave riesgo para la vida o salud de la madre o graves anomalías en el feto, que sean incompatibles con la vida (artículo 15 LO 2/2010), este deber indemnizatorio se extinguirá, así como en el supuesto en que la madre gestante decide abortar dentro de las catorce primeras semanas de gestación, aun no concurriendo ninguna causa (artículo14 LO 2/2010), el derecho a percibir tales cantidades económicas no se extinguirá.

En cuanto a la responsabilidad civil, a instancias de los padres comitentes podría incorporarse cláusulas previendo la posibilidad de indemnizar de cuantos daños materiales o morales les hubiese producido el aborto voluntario de la madre gestante. Si el motivo que justifica la celebración de este tipo de contratos es el nacimiento del bebé, lo lógico es que la voluntad de eliminar la vida del mismo tuviera unas consecuencias económicas importantes, de modo que, podría incluirse en el contrato una cláusula que prevea la posibilidad de que, en caso de que la mujer gestante decida ejercer su derecho de abortar voluntariamente, sin causa grave y justificada de salud, además de devolver aquellas cuantías económicas que hubiese percibido por el proceso de gestación, debería indemnizar al comitente o comitentes los gastos y daños y perjuicios causados, y en particular, el daño moral.

Ahora bien, si estuviésemos ante el caso en que la mujer gestante contrae una enfermedad grave a causa del embarazo que pueda afectar a su vida, aquí podrían darse dos supuestos. Por un lado, que ambas partes estén de acuerdo en practicar la interrupción del embarazo, y, por el otro, que la mujer gestante aborte voluntariamente sin que los comitentes estén de acuerdo.

En el primer caso, no habría mayor problema dado que se practicaría el aborto sin mayor conflicto, pero la gestante tendría derecho a recibir los gastos y compensaciones económicas que se hubiesen devengado hasta el momento.

No obstante, en el segundo supuesto, dado que los padres comitentes no pueden limitar la libertad de la gestante, en tanto que no se le puede obligar a continuar con el embarazo por atentar contra su libertad, integridad física, seguridad y autonomía, pero deberá devolver cualquiera cantidad que hubiese recibido por la gestación, a excepción de los gastos médicos, de traslado y demás que se hubiesen derivado directamente del proceso gestación. Así mismo, dado que dicha decisión de la madre gestante de abortar sin causa grave y justificada, ocasionaría un daño moral a los padres intencionales, de modo que, podrán reclamar ante los tribunales cuantos daños y perjuicios se consideren oportunos.

Igualmente, si nos hallásemos ante el supuesto en que la mujer gestante contrae una enfermedad que puede o haya producido graves anomalías al feto o éste padece problemas de salud, y los comitentes solicitan la interrupción del embarazo, como en el caso anterior, podrían darse las dos situaciones planteadas.

En el caso en que la mujer gestante no quisiera abortar, los comitentes estarían obligados a aceptar tal decisión, dado que no pueden obligar a la gestante a interrumpir el embarazo, más si tenemos en cuenta que quienes tienen mayor intención en traer al mundo al concebido son

éstos, por lo que son los responsables de que nazca. Al presentar anomalías en el feto, los comitentes tienen que aceptar los riesgos de enfermedades o cualquier otra anomalía que pudiera tener el concebido. No obstante, sería aconsejable que en el contrato se introdujera una cláusula que regulara la forma y las posibles situaciones que se puedan dar para poder interrumpir el embarazo.

En el caso en que la mujer gestante dañe al feto intencionalmente, se podría autorizar a los comitentes a no asumir la responsabilidad de criar a un niño que sufre de una anomalía.

4.4. Consecuencias jurídicas en el caso de que los padres comitentes desistan del contrato gestacional.

En este supuesto de incumplimiento contractual por causas imputables a los padres comitentes, podría darse por dos situaciones distintas. Por un lado, la falta de pago de la compensación económica que hubiesen fijado las partes en el contrato a favor de la mujer gestante. Por el otro, la falta de recepción del nacido debido a una enfermedad del menor.

En el primer caso, las partes pueden acordar satisfacer la compensación económica acordada con anterioridad a la entrega del menor pero después de haberse producido el alumbramiento del mismo, y ello debido al carácter irrevocable del consentimiento prestado por las partes. No obstante, y en el caso en que los padres comitentes hubiesen ido a peor fortuna o resultasen insolventes, pero quieran encargarse realmente del menor como era el objetivo desde el principio, al amparo del artículo 1.124 del Código Civil⁸⁶, la mujer gestante podría exigir el cumplimiento del pago de dicha prestación económica, pero, además, desde el punto de vista del derecho contractual, ésta podría optar por la resolución del contrato, quedándose con el nacido y exigiendo el resarcimiento de los daños y perjuicios causados así como el abono de los intereses pertinentes.

No obstante, si partimos del interés público que implica este tipo de negocios jurídicos, la solución podría ser la entrega del menor a los servicios sociales de la Comunidad Autónoma correspondiente. Los funcionarios de la Administración comprobarían la validez del contrato, así como el cumplimiento de todas sus exigencias, y en función de dicho interés, podrían abonar a la madre gestante las cantidades económicas a las que tuviera derecho.

Posteriormente, los funcionarios deberán esclarecer cuáles son las verdaderas causas por las que los padres comitentes no han podido satisfacer la contraprestación económica pactada. En el caso en que se tratase de una insolvencia derivada del normal devenir de una actividad

⁸⁶Artículo 1.124 del Código Civil: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible”.

profesional o del trabajo, el nacido les sería entregado a la mayor brevedad posible, pero si dicha insolvencia encuentra su causa en una verdadera incapacidad de poderse hacer cargo del menor, por ejemplo, porque tienen una grave dependencia a sustancias estupefacientes o tóxicas, destinando el dinero a ello, y haciendo previsible que el menor se pueda encontrar en una situación de desamparo, se activarían otros mecanismos de protección y actuación de mayor relevancia, como el acogimiento o adopción del menor.

Para prevenir lo expuesto, lo más aconsejable sería la introducción de una cláusula en la que se estipulase que el impago de la compensación económica pactada debido a una insolvencia sobrevenida de los padres comitentes, no dará lugar a la aplicación del artículo 1.124 del Código Civil, sino a la intervención de los servicios sociales de la Comunidad Autónoma correspondiente que, atendiendo a las circunstancias, procederá la entrega del nacido a los comitentes o comitente, previo pago a la mujer gestante (aunque con derecho de reembolso respecto de los contratantes), o bien a la apertura de los mecanismos de tutela, acogimiento o adopción procedentes.

En el supuesto de falta de recepción del nacido por decisión de los comitentes, a la vista del contenido obligacional del convenio, éstos estarán obligados a cumplirlo por lo que deberán hacerse cargo del nacido con independencia de su estado de salud, y en el caso en que los contratantes no cumplieren con dicho deber, de conformidad con el artículo 154 del Código Civil, se procederá a su guarda, acogimiento y adopción, conforme las normas y otras formas de protección de menores previstas en los artículos 172, 175 y siguientes del Código Civil.

El sistema propuesto para evitar este problema sería que los padres aceptaran los riesgos que pueda haber en el bebé, sin perjuicio de lo que pudieran acordar las partes libremente respecto de la posibilidad de practicar un aborto en caso de malformación o enfermedad del feto. Se debería aceptar los riesgos dado que de un embarazo y parto natural pudiera nacer un hijo con anomalías o enfermedades, también en las técnicas de reproducción asistida ese riesgo se ha de asumir y los padres intencionales deberían estar obligados a hacerse cargo del nacido, a pesar de su estado de salud.

Este conflicto se encuentra regulado de forma correcta en varios estados que admiten esta práctica reproductiva, pero en el caso de Ucrania, si el bebé nace con malformaciones, los padres comitentes pueden revocar el contrato y rechazar al bebé al nacer, habida cuenta que según el ordenamiento ucraniano la madre gestante no es la madre biológica del menor, de modo que no tendría ningún tipo de derecho sobre el mismo y, en consecuencia, el nacido podría ser llevado a un orfanato para ser acogido o adoptado por otra familia.

El desamparo del hijo nacido por sus verdaderos padres, no parecería inconveniente para que la mujer que dio a luz le sea encomendado el acogimiento del niño, aunque debe tenerse presente que, a tenor del art. 172.4º CC, se “buscará siempre el interés del menor y se

procurará cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia”⁸⁷, que será la del comitente. Eso sí, la mujer gestante no podría optar por la resolución del contrato de maternidad quedándose con el niño con derecho al resarcimiento de daños y abono de intereses pertinentes.

Sería aconsejable introducir una cláusula en el contrato que previese el caso en que los padres comitentes no cumplan con su deber de hacerse cargo del nacido, situación que daría lugar a la guarda y acogimiento, tutela o adopción del mismo, conforme a la legislación vigente, sin perjuicio de la responsabilidad penal de aquellos.

4.5. Caso en que la pareja comitente sufre una crisis familiar durante el proceso gestacional.

Habida cuenta del contenido obligacional del convenio gestacional una vez suscrito entre las partes, éstas estarán obligadas a cumplirlo en los términos suscritos, de modo que, ante una crisis familiar que ponga fin a la relación y convivencia entre el matrimonio o pareja de hecho, cabría plantearse qué ocurriría en dicho supuesto.

El deber de los comitentes para con el menor o menores nacidos existe desde el inicio del contrato de gestación subrogada, con independencia de su estado, toda vez que la separación, nulidad o divorcio de los comitentes no exime a éstos de sus responsabilidades con los hijos, tal y como determina el artículo 92.1 del Código Civil⁸⁸. En consecuencia, aún y habiéndose los comitentes divorciado, separado legalmente, disuelto la unión de hecho o declarado nulo el matrimonio, deberán hacerse cargo del nacido.

El mayor conflicto que podría plantearse ante un supuesto como el expuesto, sería el deseo de cada uno de los padres por tener consigo al menor o menores nacidos, lo cual podría solventarse aplicando las normas previstas en los artículos 90 y siguientes del Código Civil, relativas a los efectos comunes de la nulidad, separación y divorcio, que también podrían ser aplicados de forma analógica al supuesto de disolución de uniones de hecho, pudiendo los progenitores de mutuo acuerdo celebrar una propuesta de Convenio Regulador de Medidas Paterno-Filiales que después deberá ser ratificada en sede judicial. Así mismo, y en última instancia, cuando hubiese discrepancias entre los padres comitentes, de conformidad con el artículo 159 del Código Civil, sería el Juez quien decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedará el mismo, ello cuando los padres no se pusieren de acuerdo sobre la guarda y custodia del menor nacido⁸⁹. En base, al artículo 160 del Código Civil, y aun estando los padres privados de ejercer la patria potestad por resolución judicial, los hijos menores de edad tienen derecho a relacionarse con ellos, salvo que se disponga otra

⁸⁷ Artículo 172.4º del Código Civil. BOE, núm. 206, de 25 de julio de 1889.

⁸⁸ Artículo 92 del Código Civil. BOE, núm. 206, de 25 de julio de 1889.

⁸⁹ Artículo 159 del Código Civil. BOE, núm. 206, de 25 de julio de 1889.

cosa en la resolución judicial o el menor hubiese sido adoptado por otro⁹⁰.

Los padres comitentes, en caso de crisis familiar, tienen la facultad de poder regular sus relaciones con sus hijos a partir de ese mismo momento suscribiendo a dichos efectos un Convenio Regulador de Medidas Paterno-filiales, que posteriormente deberá ser aprobado por el órgano judicial que por turno corresponda, tal y como hemos señalado anteriormente.

En dicho convenio los progenitores podrán decidir de mutuo acuerdo cuestiones tales como la guarda y custodia del menor o menores, la pensión de alimentos a favor de los mismos, el régimen de visitas para el progenitor no custodio, atribución del uso de la vivienda familiar, etc.

Otra cuestión importante a tener en cuenta es que en el seno de estos contratos de gestación subrogada, ambos contratantes se consideran padres o madres biológicos del nacido a todos los efectos, dado que el derecho de paternidad, en estos casos, no está íntimamente relacionado con la aportación de material genético de uno solo de los contratantes o de ambos, de modo que, no hay preferencia alguna en cuanto al aportante único.

Lo que es indudable es que la mujer gestante no podrá alegar, en ningún caso, la crisis familiar de los comitentes para invocar un incumplimiento del convenio, a fin de poderse quedar con el mismo y evitar entregarlo a los padres comitentes, y ello por haber prestado su consentimiento a la celebración del contrato de gestación subrogada, dado que éste es irrevocable, o aun habiendo las partes establecido un plazo para ejercer su derecho de revocabilidad, la mujer gestante no lo hizo, y, en consecuencia, los vínculos jurídicos de la filiación respecto de los intervinientes nacen desde ese mismo instante.

A fin de evitar que en el futuro pueda plantearse un supuesto como el referido en el presente apartado, lo más conveniente sería que las partes incluyesen una cláusula en el convenio de gestación en la que se recoja que, en caso de separación, divorcio, nulidad o disolución de la unión de los comitentes, será el juez quien, en última instancia, y a falta de acuerdo entre éstos, resuelva conforme a lo dispuesto en el artículo 90 y siguientes del Código Civil, con independencia de que hubiesen sido ambos o uno solo quien hubiese aportado su material genético para la creación del menor.

4.6. Supuesto en que falleciera alguno o los dos comitentes o la mujer gestante.

Cabría plantearse la posibilidad de que las personas intervinientes en el convenio de gestación subrogada, fallecieran durante la propia gestación o fuesen declaradas fallecidas conforme los artículos 193 y siguientes del Código Civil.

⁹⁰ Artículo 160 del Código Civil. BOE, núm. 206, de 25 de julio de 1889.

Tenemos que tener presente que, una vez el contrato de gestación subrogada se haya llevado a cabo y la mujer gestante está embarazada, el nacido tendrá la filiación de los padres comitentes. En consecuencia, si **ambos padres comitentes fallecen durante el proceso gestacional**, deberá ser el juez quien proceda al nombramiento de un tutor y, en este caso, se le debería permitir a la mujer gestante optar por la tutoría del menor, ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 del Código Civil⁹¹, además de tener presente que por el principio de eficacia jurídica *ab initio* de la filiación, el concebido será heredero forzoso de los comitentes, a tenor de lo dispuesto en el artículo 807.1º del Código Civil.

De conformidad con el artículo 229 del Código Civil, estarán “obligados a promover la constitución de la tutela desde el momento en que conocieran el hecho que la motivaren, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guardia se encuentre el menor o incapacitado (en este caso, la mujer gestante), y si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados”⁹², sin olvidar que el artículo 230 del mismo texto legal establece que “cualquier persona podrá poner en conocimiento del ministerio fiscal o de la autoridad judicial el hecho determinante de la tutela”⁹³.

Otra posibilidad que cabría ante este supuesto es que, una vez producido el alumbramiento, la gestante pueda quedarse con el menor, previo reintegro de las cantidades percibidas por la gestación y con renuncia a las aún no percibidas.

Así mismo, también podrán activarse los mecanismos legales previstos en los artículos 172 y siguientes del Código Civil en cuanto al acogimiento legal, y los artículos 175 y siguientes del Código Civil en cuanto a la adopción del nacido.

Por otro lado, y en el **caso en que falleciese únicamente uno de los comitentes**, el convenio de gestación producirá todos sus efectos, independientemente de que el fallecido hubiese sido el único en aportar su material genético para la gestación, habida cuenta que ello no otorga ninguna preferencia sobre el otro, pues, a pesar de ello, su consentimiento a la hora de celebrar el convenio y atenerse a sus efectos, y la ya aplicada fuerza del elemento volitivo en la determinación de la filiación a favor de ellos, impide cualquier tipo de discriminación de los comitentes en este sentido.

Así mismo, también cabría plantearse la posibilidad de que **falleciera la mujer gestante**, en cuyo caso el convenio de gestación se extinguiría. No obstante, los herederos de ésta podría reclamar las cantidades que se hubiesen estipulado en el contrato a favor de ella, toda vez que dicho derecho a recibir tal compensación económica únicamente se extinguiría si la inviabilidad del nacimiento se debiera a causas exclusivamente imputables a la mujer gestante

⁹¹ Artículo 235 del Código Civil: “En defecto de las personas mencionadas en el artículo anterior, el Juez designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, considere más idóneo”.

⁹² Artículo 229 del Código Civil. BOE, núm. 206, de 25 de julio de 1889.

⁹³ Artículo 230 del Código Civil. BOE, núm. 206, de 25 de julio de 1889.

(caso de proceder a la interrupción del embarazo voluntariamente y no terapéutico, o su suicidio).

A fin de evitar una situación como la expuesta, sería aconsejable introducir una cláusula contractual en virtud de la cual, y en caso de fallecimiento de ambos comitentes o de uno de ellos antes del nacimiento, se previese el nombramiento de un tutor. Igualmente, también podría incluirse una estipulación que permitiera a la madre gestante a optar por la custodia del nacido, y, en su defecto, que éste quedase bajo la guarda y custodia del tutor nombrado por los comitentes, aprobado posteriormente por el órgano judicial competente.

V. Conclusiones.

Tras la realización del presente trabajo relativo a la maternidad por sustitución, cuya técnica reproductiva no se encuentra admitida legalmente en España, he llegado a una conclusión principal: ¿necesitamos de una regulación positiva respecto este tipo de contratos gestacionales?

Pues bien, considero que la respuesta debe ser afirmativa, toda vez que se trata de una técnica reproductiva que supone una realidad social y una forma más de reproducción que esté en auge y que cada día adquiere mayor notoriedad, siendo cada día mayor el número de personas y familias que acuden a esta vía alternativa con el fin de convertirse en padres y madres biológicos.

Por ello, urge una regulación específica sobre la materia en nuestro ordenamiento, para que quienes deseen acudir a la maternidad subrogada dispongan de un marco jurídico que les garantice sus derechos y obligaciones, evitando con ello la situación de inseguridad jurídica a la que muchas veces se enfrentan aquellos que acuden a la celebración de este tipo de contratos. Ciertamente es que se trata de una práctica que genera muchos conflictos éticos y morales, pero lo que no cabe duda alguna es que la situación no va a cambiar y quienes decidan formar su familia mediante esta vía continuarán con tal decisión, de modo que, regularizando la gestación subrogada en nuestro país se evitaría la existencia de riesgos que actualmente se aprecian en la realidad que hay detrás de esta figura, tales como el tráfico de menores, la vulneración de los derechos tanto de los intervinientes como del concebido, la situación de desamparo de los nacidos mediante dicha técnica, la contratación de la gestación por sustitución en países precarios en los que las mujeres gestantes no se encuentran amparadas y respetadas, la inseguridad jurídica a la que se enfrentan los padres comitentes cuando proceden a la inscripción del nacido en el correspondiente Registro Civil, entre otros.

Ciertamente es que pese a que en España este tipo de contratos gestacionales no se encuentran reconocidos específicamente en la legislación, sí que existen ciertas normas que amparan la inscripción registral de los hijos nacidos mediante la maternidad subrogada en el extranjero.

En este sentido, la Dirección General de Registros y Notariado dictó en un primer momento la Resolución de fecha 18 de febrero de 2009, mediante la cual se admitió la inscripción de los nacidos en el correspondiente Registro Civil, señalando a dichos efectos la inexistencia de fraude de ley, la posibilidad de aplicar los artículos 15 de la Ley del Registro Civil y 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil, y la preservación del interés superior del menor. Posteriormente, se dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, exigiendo a efectos de dicho reconocimiento, la existencia de una resolución judicial extranjera en la que se acredite la filiación del concebido en relación con el padre biológico. Así pues, los interesados deberán presentar, junto a la correspondiente solicitud de inscripción, dicha resolución judicial, así como la certificación médica en la que conste la identidad de la mujer gestante.

No obstante, y pese a disponer de una Instrucción que ampara y reconoce la inscripción registral de la filiación de los hijos nacidos mediante la gestación subrogada, continúa habiendo muchos problemas para los padres comitentes que pretenden llevar a cabo dicha inscripción, y ello pese a cumplir con todos y cada uno de los requisitos exigidos por la norma, ya que muchas veces el encargado del registro civil deniega la posibilidad de dicha inscripción alegando la “prohibición expresa” de dichos contratos en nuestro ordenamiento.

Así pues, en nuestro país se aprecia una situación anómala al respecto, ya que por un lado la Dirección General de Registros y Notariado, por su posición, ha permitido la inscripción de la filiación de los menores nacidos mediante esta técnica, pero por el otro existe una norma específica que declara la nulidad de este tipo de contratos por los que se convenga la gestación subrogada, si bien ello no implica una prohibición expresa de dicha técnica en nuestro ordenamiento, además de existir existiendo una tendencia jurisprudencial confirmatoria de dicha nulidad, lo cual conduce a apreciar una grave situación de inseguridad jurídica tanto para los comitentes como para los menores.

En otro orden de ideas, y con el fin de proteger y amparar los derechos tanto de los intervinientes como de los nacidos, a la hora de regular dicha práctica en España, el legislador debería incidir en varios aspectos:

Primero.- La determinación legal de la filiación se produce desde el mismo momento en que se formaliza el contrato y se produce la transferencia embrionaria a la mujer gestante. De este modo, ésta no podrá impugnar la filiación del nacido como consecuencia de tal gestación.

Segundo.- El material aportado para la gestación no podrá proceder nunca de la mujer gestante, sino de los padres intencionales o donantes. La mujer gestante únicamente podrá aportar su capacidad gestacional.

Tercero.- El contrato por el que se convenga la gestación subrogada deberá ser gratuito, reconociendo únicamente la posibilidad de que las mujeres gestantes sean recompensadas por los gastos que se hubiesen generado a raíz del embarazo, entre ellos los gastos médicos, de desplazamiento y aquellos que en definitiva procedan de la gestación, pero sin dotar al contrato de un contenido lucrativo o comercial, evitando con ello que dicha compensación sea un motivo por el cual la gestante convierta esta técnica en un medio de vida.

Cuarto.- La mujer gestante deberá prestar su consentimiento libre e informado, entendiendo todos y cada uno de los riesgos relacionados con este procedimiento, recibiendo un asesoramiento psicológico adecuado, además de tener una buena salud física y mental.

Quinto.- La mujer gestante nunca podrá someterse a la maternidad subrogada más de dos veces consecutivas, evitando así cualquier tipo de abuso o medio de vida.

Sexto.- La mujer gestante deberá tener descendencia propia, a fin de que conozca lo que implica estar embarazada y dar a luz.

Séptimo.- No podrá limitarse el ámbito subjetivo de este tipo de práctica, de modo que deberá reconocerse para todo tipo de personas, ya sean parejas casadas o no, heterosexuales, homosexuales o personas solteras.

Octavo.- Los padres comitentes deberán acreditar la imposibilidad de poder concebir o de llevar a cabo un embarazo sin riesgo para la salud de la mujer o del nacido, evitando así que las mujeres aprovechen esta técnica con finalidades meramente estéticas, limitando por tanto dicha técnica para quienes no puedan acceder a otras técnicas reproductivas para tener descendencia propia, bien porque no pueden gestar, concebir o materializar el embarazo, dado que no es una técnica cuya finalidad sea la estética de la mujer sino ayudar a quienes por motivos de infertilidad o enfermedad no pueden concebir de forma natural o artificial.

Noveno.- No podrán incorporarse cláusulas contractuales en virtud de las cuales se limiten los derechos de la mujer gestante sobre su propio cuerpo, tales como la prohibición de poder interrumpir el embarazo.

En definitiva, considero que quienes decidan recurrir a esta vía reproductiva deben ser respetados igual que cualquier otra persona o pareja que decide recurrir a otro método para concebir a un hijo, siempre que se haga de una manera responsable, pero dicha decisión libre y personal debe ser respetada por todos y por el Estado, consiguiendo con ello que los niños nacidos en el extranjero no se encuentren en una situación de desamparo cuando lleguen con sus padres al estado español.

Así mismo, recordar que la dignidad del nacido no puede verse afectada por el hecho de haber sido concebido para ser querido y educado por quien no lo parió pero por quien sí lo amó desde el principio. Nos hallamos ante una sociedad en la que, del mismo modo que avanza la ciencia y los tratamientos médicos, también lo hace la forma de crear una familia. Pese a que sea un tema que pueda generar muchos conflictos a nivel social, no es algo que vaya a dejar de existir, más bien todo lo contrario, de modo que, aun y habiendo personas que no lo acepten, debe regularizarse de forma prudente, coherente y correcta, puesto que debe proporcionarse una solución a los problemas que genera esta figura y frente a los cuales los padres comitentes y tribunales se enfrentan cada día más.

VI. Bibliografía consultada.

BAELO ÁLVAREZ, M., “La maternidad subrogada como una alternativa a la adopción: el baby business”, Congreso Internacional en Contextos de Riesgo, 2015.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del TEDH”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, N° 7, 2015.

CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 1, N° 2, 2009.

FARNÓS AMORÓS, E., “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en España”, *InDret*, 2010.

HEREDIA CERVANTES, I., “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *Dialnet*, 2013.

HUALDE MANSO, T., “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil Doctrinal*, N° 10, 2012.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Editorial Reus, Madrid, 2012.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución”, Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014/736).

LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil IV. Familia* (4ª Edición), Editorial Dykinson, Madrid, 2010.

LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret*, 2012.

LAMM, E., “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, Colección de bioética, Universidad de Barcelona, Publicaciones y Ediciones, 2013.

LASARTE, C., *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI* (12ª Edición), Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013.

MARTÍN CAMACHO, J., “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”, Fundación Foro, 2009.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero

mediante la maternidad subrogada”, *InDret*, N° 3, 2009.

REGALADO TORRES, M.D., “Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada”, *Femeris*, 2017.

RUBIO TORRANO, E., “Inscripción como hijos de varones nacidos mediante gestación por sustitución”, *Aranzadi Civil-Mercantil Doctrinal*, N° 9, 2011.

SANCIÑENA ASURMENDI, C., “Padres a La Carta, Hijos por Encargo y Madres de Alquiler”, *The Family Watch*, Instituto Internacional de estudios sobre la familia, N° 4, 2014.

SUYAPA FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A., “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Civil- Mercantil Doctrinal*, N° 6, 2011.

TOLEDO QUINTANA, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014.

VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, N° 7608, 2011.

VELA SÁNCHEZ, A. J., “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución de maternidad subrogada en España”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, N° 7815, 2012.

VELA SÁNCHEZ, A.J., “La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo”, Editorial Comares, Granada, 2012.

VILAR GONZÁLEZ, S., “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, N° 14, 2014.